فاضل شاكر النعيمي

نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون

رسالة ماجستير

ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب

١٩٦٩

طبع بمطبعة دار الجاحظ ـ بغداد

فاضل شاكر النعيمي

نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون

رسالة ماجستير

ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب

١٩٦٩

طبع بمطبعة دار الجاحظ ـ بغداد

اني رأيت انه لا يكتب انسانا كتابا في يومه الا قال في غــــده لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من اعظم العبـــر ، وهو يدل على استيلاء النقص في جملة البشر .

(العماد الاصفهاني)

ادرج أدناه تقرير جامعة القاهرة في تقييم الرسالة وبيان المآخذ عليها وقد استفدت منها كما استفدت من ملاحظات لجنة المناقشة من جامعة بغداد عند قيامي بطبع الرسالة ..

تقع هذه الرسالة في ٢١٤ صفحة من الحجم الكبير مطبوعة على الآلة الكاتبة وملحق بها بيان بمصادر البحث والمراجع العلمية في أربع صفحات .

وقد قسم الباحث رسالته الى ثلاثة أبواب قدم لها بمقدمة عامة واختتمها بخاتمة وقد ناقش الباحث في المقدمة (ص ١–٢٣) أهمية اختيار الموضوع والتعريف بنظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي في القانون الروماني الكنسي ثم فى القضاء الاداري الحديث والقانون الخاص واتجاه الشرائع الحديثة الى صياغة النظرية .

وأوضح ان هذه النظرية نشأت في القضاء الاداري تحت تأثير القاعدة التي تقضى بضرورة استمرار وانتظام المرفق العام . وبين ان بعض فقهاء القانون الخاص نادى بضرورة الاخذ بها رغم ما فيها من خروج على القاعدة الجوهرية ، العقد شريعة المتعاقدين ، وحاولوا رد هذه النظرية الى بعض المبادىء العامة السائدة في القانون المدني ، مثل مبدأ حسن النية أو الاثراء بلا سبب ... الخ . وانبرى فريق آخر من الفقهاء للرد عليهم ورفض الاخذ بها . وانتهى الامر بتبني التقنينات الحديثة لهذه النظرية . ثم استعرض الباحث مجموعة القواعد والمبادىء العامة السائدة في الفقه الاسلامي والتي تستهدف رفع

الحرج وازالة الضيق والحرج ، وتأسيسا على هـــذه القواعد أباح الفقهاء فسخ عقد الايجار بالعذر ووضع الجوائح في بيع الثمـــار وتعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود • وانتهى الباحث الى ان هذه الحلول في مجموعها ـ لا تخرج عن كونها تطبيقات لنظريـة الظروف الطارئة بمفهومها في الفقة الغربي •

وخصص الباب الاول (ص ٢٤ـ٤٩) لدراســـة ، النظرية في القانون ، وقسم هذا الباب الى فصلين درس في اولهمـــا شروط تطبيق النظرية وآثارها في القانون العام ، وخصص ثانيهما لدراســة شروط تطبيق النظرية وآثارها في القانون الخاص في الشرائع الاجنبية والتقنينات العربية ، وناقش اصول النظرية في أحكام القضــاء وفي الشرائع الاجنبية والاعمال التحضيرية لمشروع القانون المدني المصري وعدد أمثلة لتطبيقات النظرية مستخلصة من أحكــام القضاء سواء في مصر أم في العراق •

وخصص الباب الثاني (ص ٥٠ـ٩٧) لدراسة ، أبحاث مشتركة حول النظرية بين الفقه الاسلامي والقانون ، وقسم هـــذا الباب الى خمسة فصول : استعرض في أولها مجال تطبيـــق النظرية في مختلف العقود وانتهى الى أن الآراء المختلفـــة ذهبت مذهبين أحدهما يحصر مجال تطبيق النظرية في عقود المدة ويذهب ثانيهما الى توسيع مجــال تطبيقها بحيث تشمل عقود المدة والعقود الفورية على حد سواء • أما الفصل الثاني فقد خصصه لدراسة نظرية الظروف الطارئة باعتبارهـا استثناء من القوة الملزمة للعقد ، بغية اصلاح ما اختـــل من توازن

اقتصادي بين التزامات طرفي العقد في الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه • واستعرض في هذا الفصل التزامات كل من البائع والمشتري في عقد البيع والتزامات كل من المؤجر والمستأجر في عقد الايجار سواء في ذلك الشرائع الحديثة أم الشريعة الاسلامية • وعقد في الفصل الثالث مقارنة بين نظرية الظروف الطارئة والنظريات الاخرى التي ترتبط بها مثل نظرية الاستغلال ، عقود الاذعان ، نظرية القوة القاهرة ، نظرية الضرورة ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، نظرية فعل الامير ونظرية الصعوبات المادية ، نظرية الغبن اللاحق • واستعرض بالنسبة لكل منها أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينها وبين الظروف الطارئة •

وحاول أيضا بيان الحلول والقواعد الفقهية الاسلامية التي يمكن أن تندرج تحت كل نظرية من هذه النظريات ومدى تماثلها ومدى اختلافها ومدى تداخلها • وخصص الفصل الرابع لبيان التكييف الفقهي والقانوني للنظرية • وانتهى الى ان الفقهاء المسلمين تصوروها على انها تعديل للعقد في وضع الجوائح في بيع الثمار وعلى انها فسخ بالعذر في الايجار في بعض الحالات وانفساخ في حالات اخرى • أما في القانون الاداري فهي تعديل للعقد وتوزيع المخاطر بين الادارة والتعاقد • ولكن القانون الخاص اعتبرها تعديل للعقد او فسخه حسب الشرائع المختلفة • وفي الفصل الخامس استعرض الاساس الفقهي للنظرية في الشريعة وفي القانون وانتهى الى أن سندها في الشريعة هو حرمة أخذ مال الغير دون وجه حق في حالة وضع الجوائح والفسخ بالعذر في الايجار باعتبار ان الفسخ امتناع

عن التزام الضرر اذ لو لزم العقد عند تحقيــــق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد • ويرجع أساسها في القــانون الاداري الى قاعدة استمرار المرافق العامة في اداء خدماتها للجمهور • اما في القانون الخاص فقد تعددت الآراء ورجح الباحث الرأي القــائل برد النظرية الى مقتضيات العدالة •

وخصص الباب الثالث (ص ٩٨ـ٢١٤) لدراسة تطبيقــــات النظرية في الفقه الاسلامي • وبين ان هذه التطبيقات تنحصــــر في : الاعذار في عقد الايجار ، الجوائح في بيع الثمار ، تعديل العقـــــد في حالة تقلب النقود • واستعرض هذه التطبيقات في المذاهب المختلفة وخصص فصلا لكل من الفقه الحنفي ، الفقه الشافعي ، الفقه المالكي ، الفقه الحنبلي ، الفقه الجعفري ، الفقه الظاهري ، الفقـــه الزيدي ، الفقه الاباضي • وحاول استخلاص العيار الذي التزمه كل مذهب من هذه المذاهب في العذر الذي يعتد به في فسخ الايجار وكذلك معيار الجوائح • أما الفصل التاسع فقد ناقش فيه الآراء الفقهية المختلفـــة ومقارنة الرأي الراجح في كل منها بنظـــــرية الظروف الطارئة في القانون • وحاول أيضا صياغة قاعدة عامــة لاحكـــام الطوارىء في الفقه الاسلامي مستعملا في ذلك المصطلحات الفقهية ثم أردفها ببيــان مدلول كل مصطلح وما يقابله في الشرائع المعاصرة • واختتم هـــذا الباب بالفصل العاشر الذي ناقش فيه موعد اقامــة الدعوى سواء في القانون الاداري أم القانون المدني ومسلك القضاء في مصـــر وفي العراق وكذلك الرأي الراجح في المذاهب الفقهية الاسلامية المختلفة •

واختتم رسالته بملخص قارن فيه ما انتهت اليـــه النظرية في القانون الاداري والقانون الخاص بتطبيقـــات النظرية في الفقـــه الاسلامي •

والرسالة بهذه الصورة تدل على الجهد الكبيـــر الذي بذل في اعدادها • ومع ذلك أرى لزاما علي ان أسجل انها لم تخـــل من بعض المآخذ اهمها :ـ

أولا ــ خطة البحث : قسم الباحث الرسالة الى ثلاثة أبواب • ولم يكن هذا التقسيم هو التقسيم الامثل ، وقد ترتب على ذلك :

١ ــ عدم التوازن بين حجم الابواب الثلاثة فأولها يقـــع في ٢٥ صفحة وثانيها يقع في ٤٧ صفحة بينما استغرق البـــاب الثالث حوالي ١٠٤ صفحة • وعدد الصفحات المخصصة للباب الاول لا تزيد عن عدد الصفحات المخصصة للمقدمة •

٢ ــ تكرار بعض الموضوعات في أكثر من موضع ممـــا أدى الى تضخم الرسالة ومن أمثلة ذلك : تعرض لاساس النظرية في المقدمـــة وفي الباب الثاني وفي الباب الثالث •

٣ ــ عالج الباحث شروط تطبيق النظرية وآثارها في القـــانون الاداري وفي القانون الخاص في الباب الاول وأورد عدة تطبيقـــات استخلصها من أحكام القضاء ، ثم عاد وعالج مجال تطبيق النظرية في مختلف العقود في الفصل الاول والباب الثاني • وكان من الاوفق أن يعالج هذا الموضوع مع شروط تطبيق النظرية بالنظر للارتباط الوثيق بينهـــــا •

٤ـ وضع الباب الثاني لا ينبيء عن محتوياته فقد وضع له العنوان الآتي : ابحاث مشتركة حول النظرية بين الفقه الاسلامي والقانون وعالج تحت هذا العنوان عدة موضوعات في غاية الاهمية مثل : مجال تطبيق النظرية في مختلف العقود ، التمييز بين النظرية والنظريات المرتبطة بها ، التكييف الفقهي والقانوني للنظرية ، الاساس الفقهي والقانوني للنظرية • وهي كلها موضوعات ذات صلة وثيقة بشروط تطبيق النظرية وآثارها التي عالجها الباحث في الباب الأول الامر الذي كان يقتضى الجمع بين كل هذه الموضوعات في باب واحد •

٥ ـ خصص الباحث الباب الثالث لتطبيقات النظرية في الفقه الاسلامي واختتمه بفصل عن تجميع الآراء الفقهية وصياغة قاعدة عامة لاحكام الطواريء في الفقه الاسلامي • وفي هذا الفصل اضطر الباحث الى اعادة بحث أساس النظرية وتكييفها في المذاهب الفقهية الاسلامية مع سبق دراستها في الباب الثاني وكان من الاوفق دراستها في مكان واحد •

ثانيا : المراجع العلمية : ١ ـ تتميز الرسالة بوفرة المراجع العلمية الاصلية في الفقه الاسلامي في المذاهب المختلفة • أما المراجع الخاصة بالقانون فهي محدودة العدد •

٢ ـ لم يحاول الباحث الاطلاع على كتابات المستشرقين عن الشريعة سواء ما كتب منها باللغات الاوربية أم المترجمة الى اللغة العربية • والاطلاع على مثل هذه الابحاث ومناقشتها يمكن القاريء

العربي من الاطلاع على وجهات نظر المستشرقين ويمكن البـاحث من الوقوف على كل التيارات الفكرية .

٣ ــ تساءل الباحث في هامش ٥ من ص ١٨ عن السبب الذي أدى الى أن القانون البولوني كان أسبق القوانين الحديثة في الاخـذ بنظرية الظروف الطارئة وأجاب عن ذلك بقوله لابد انه تأثر بالتشريع الاسلامي وخاصة الامام مالك الذي انتشـــر في الاندلس . وكرر الباحث هذه الملاحظة في هامش ١ من ص ٣١ . ومثل هـذا التساؤل له أهمية كبرى لانه يدخل ضمن موضوع هام مدى أثر الشريعـــة الاسلامية في القوانين الغربية . ولا يمكن الاجابة عن مثل هـــذا التساؤل اجابة قاطعة دون اشارة الى المرجع الذي اعتمد عليه .

ثالثا : تعديل العقد فى حالة تقلب قيمة النقود : أثبت الباحث رأي الحنفية في امكان تعديل العقد في حالة تقلب قيمـة النقود ، وأورد رأي ابن عابدين في هذا الخصوص . وكان متوقعـا أن يولي الباحث هذا الموضوع عنايته ويبين مدى ملاءمة هـذا الحكم في الوقت الراهن اذ تضطر كثير من الدول الى تخفيض قيمة عملتها ، وتتذبذب القـوة الشرائية للنقود تبعا للحالة الاقتصادية في كل مجتمع .

ولكن هذه الملاحظات لا تحط من قيمة الرسالة ولا تنل منها اذ أن صاحبها ما زال في أول درجات السلم العلمي وأمامه متسع من الوقت لصقل مواهبه وخاصة وان هذه الرسالة كشفت عن الجهـــد الكبير الذي بذله في اعدادها وأرى واجبا علي أن أسجل الملاحظات الآتية :

اولا : توفيق الباحث في اختيار الموضوع : اختـــــار الباحث

موضوعا حديث النشأة في الشرائع الحديثة ويحتل جانبـــا كبيرا من الاهمية بسبب تشابك الظواهر الاقتصادية وتعقدها وبسبب تدخـل الدولة الحديثة في كثير من الميادين الاجتماعية والاقتصادية الامــر الذي ادى الى اعادة النظر في كثير من النظريات القانونيـــة بحيث يمكن التوفيق بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفـــرد ، بين مقتضيات العدالة واستقرار المعاملات • ومن بين النظريات والمباديء القانونيـة التي أعيد فيها النظر مبدأ سلطان الارادة ، فقداتجهت الشرائع الحديثة نحو التحلل من هذا المبدأ بما يتبع اصـــــلاح ما اختل من توازن اقتصادي للعقد في الفترة ما بين انعقاده وتنفيذه فظهرت نظريـــــة الظروف الطارئة •

وبينما يتباهى الفكر القانوني الغربي الحديث بقدرته على صياغة نظريات حديثة تعتمد أساسا على التراث الروماني والكنسي ظلت كنوز الفقه الاسلامي حبيســـة الكتب أو مكنونة في صدور العلمـــاء المسلمين • وبالرغم من المحاولات العديدة التي يبذلهـــا الفلاسفة والفقهاء في الغرب نحو التوفيق بين مصلحة الفرد والمجتمـع الا انهم عجزوا عن الوصول الى صياغة قانونية للعلاقات الاجتماعيـــة توفق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة واقصى ما أمكن الوصول اليـــه تغليب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة في بعض الشرائع أو تغليب مصلحة الجماعة واذابة كيان الفرد داخلها في بعض الشرائع الاخرى • أما الفقه الاسلامي فقد تمكن منذ ثلاثة عشر قرنا مضت التوفيـق بين مصالح الفرد والجماعة بما يكفل صالح الجماعة دون القضاء على كيان

الفرد واستقلاله . والحلول الكثيرة التي أوردها الفقهاء تعكس بجلاء وضوح هذا الاتجاه . ومن بين هذه الحلول مجموعة القواعد التي تسمح بالنزول على مقتضيات العدالة عندما تتعارض مع القوة الملزمة العقد فأباحوا فسخ عقد الايجار بالعذر ووضع الجوائح في البيع . وهذه الحلول تنتهي بصفة عامة الى نتائج شبيهة بتلك التي تترتب على نظرية الظروف الطارئة .

ونحن أحوج ما نكون الآن الى ابراز القواعد الفقهية الاسلامية ننفض عنها غبار الماضي ونجلوها ونخرجها في ثوب حديث يناسب روح العصر .

ورغم العقبات العديدة التي تقف في سبيل البحث في كتب الفقه الاسلامي ورغم الصعوبات العديدة التي تكتنف صياغة القواعد والحلول الجزئية في نظرية عامة فقد حاول الباحث في رسالته صياغة نظرية عامة للظروف الطارئة ، وقد وفق في ذلك الى حد كبير . فصياغة نظرية عامة من حلول فردية متناثرة ليس بالامر الهين . فالفقه الغربي الحديث لم يتوصل الى ذلك الا بعد دراسات فقهية طويلة ومنظمة للحلول الفردية الواردة في التراث الفقهي الروماني . وقد استمرت هذه الدراسة عدة قرون منذ صدور مجموعات جستنيان حتى قبيل صدور مجموعة نابليون . لذلك كان الجهد الذي بذله الباحث في محاولة صياغة نظرية عامة للحوادث الطارئة من شتات القواعد الجزئية المبعثرة في كتب الفقه جهدا يستحق الثناء . اذ عن طريق هذا النوع من البحث نستطيع تكوين نظريات فقهية اسلامية تصلح مصدرا لقانون عربي موحد يحكم الامة العربية في وقت

قريب ان شاء الله وقد سبق أن قام باحث مصري بصياغة نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق أصبحت مصدرا لبعض القواعد التي أخذت بها التقنينات العربية المعاصرة • وكان من الممكن أن تكون النظرية العامة للظروف الطارئة التي وضعها صاحب هذه الرسالة مصدرا للتقنينات العربية المعاصرة لو أنها ظهرت قبل صدورها •

ثانيا : سعة الاطلاع والدقة في البحث العلمي : تكشف هذه الرسالة ــ في مجموعها ــ عن اطلاع واسع ومعرفة حقيقية بمصادر البحث ومظانها في الفقه الاسلامي في مختلف المذاهب • فقد تتبع الباحث آراء الفقهاء في مختلف المدارس بدقة تامة وفي صبر واناة • وتمكن من تمييز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها من النظريات المرتبطة بها رغم دقة التمييز وصعوبته بسبب تداخل هذه النظريات •

ثالثا : صياغة النظرية : وفق الباحث الى حد كبير شتات الحلول الجزئية وصياغتها في نظرية عامة مستعملا في ذلك المصطلحات الفقهية ذاتها • رغم انها لم تكن من النظريات الموطأة الاكناف •

لذلك أرى ان هذه الرسالة صالحة للمناقشة للحصول على درجة الماجستير من معهد الدراسات الاسلامية •

دكتور صوفي حسن ابو طالب

استاذ بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمـــة :

١ ـ الباعث على البحث •

٢ ـ تذليل صعوباته •

٣ ـ خلاصة موجزة له

الحمد لله الذي علم بالقلم ، علم الانسان ما لم يعلم ، والصلاة والسلام على رسوله وحبيبه محمد الذي شرح له بالاســلام صدرا ، ورفع له في العالمين ذكرا ، وانزل عليه كتابا لا يأتيه البـــاطل من بين يديه ولا من خلفه ، تبيانا لكل شيء ، وتفصيلا لكل امر ولنـــا مـــن كتاب الله وسنة رسوله ما أن تمسكنا بهما لن نضل أبدا •

وبعد : ان موضوع هذه الرسالة ، نظرية الظروف الطـارئة بين الشريعة والقانون ، موضوع له خطورته في الفقـــه الاسلامي وفي القانونين الاداري والمدني •

فهو فوق أهميته العملية ، نقطة تلتقي عندها مسائل كثيرة ، منها تقسيم العقود الى عقود ملزمة للطرفين واخرى ملزمة لطرف واحد وتقسيمها الى عقود مستمرة وأخرى فورية ، والى عقود ترد على الملك وثانية ترد على المنفعة ومن المسائل القوة الملزمة للعقد ومنها اثر الظروف الطارئة على تنفيذ الالتزام .

ان هذه النظرية من النظريات الحديثة النشوء في القانون وظهرت في القانون الاداري قبل ظهورها في القانون المدني وقد بحثت في القانون بشكل نظرية مستوعبة الاطراف بحثا مستقلا مثلما بحثت النظريات الاخرى لنظرية تحمل التبعة والمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومسؤولية عديم التمييز وغيرها .

وان هذه النظريات ولو لم تبحث بصورة مستقلة في الفقه الاسلامي الا انها طبقت كحلول لمسائل كثيرة وجزئية منتشرة في ابواب الفقه المختلفة قبل أن يعرف القانون عنها شيئا مذكورا .

فالفقه الاسلامي عرف هذه النظرية ، موضوع البحث ، قبل أن يعرفها القانون بمئات السنين وان بحثها تحت عناوين باسماء مختلفة ، وان بعض كتب الفقه بحثتها تحت عنوان يقرب اسمه من الاصطلاح القانوني وهذا العنوان هو (أحكام الطوارىء)[1] . والقانون مهما تطور وتطور فانه لا يصل الى عشر معشار ما عرفه الفقه الاسلامي قبله بقرون ، ذلك لان القانون الوضعي من وضع الانسان المخلوق والفقه الاسلامي المستنبط من الكتاب والسنة اللذان هما من وحي الخالق سبحانه وتعالى (صبغة الله ومن احسن من الله صبغه) .

وهذا هو الباعث الذي دفعني الى اختيار موضوع الرسالة بالرغم من الصعوبات التي مزدها الاول عدم صياغة أحكام النظرية صياغة فنية مثلما نجدها في القانون والتي نحاولها في هذه الرسالة اذ هي عبارة عن حلول لمسائل كثيرة ومن هذه الحلول تستنبط القاعدة العامة واستنباطها أمر من الصعوبة بمكان لكثرة المسائل وقد يختلف الحل فيها ، لا لاختلاف الحكم ولكن لاختلاف التقدير ، وقد يخفى هذا فيضطرب الحكم في ذهن الباحث ، فلابد له ليتفادى ذلك من كثير من البحث والاستقصاء هذا الى تعدد الروايات واختلافها وعدم مراعاة المؤلفين أحيانا ذكرها جميعا ونسبتها الى صاحبها مما يجعل الباحث في حيرة يضاف الى ذلك ان كثيرا من عبارات الفقهاء غير محددة المعاني فيمكن حملها على أكثر من معنى واحد ، وان الحكم قد يرد بغير تعليل أو بغير تعليل قريب •

أما الصعوبة الثانية وهي تتصل بالاولى ، فهي حال مؤلفات الفقه الاسلامي فما زالت على ضخامتها وكثرتها في حاجة الى فهارس تهدي الباحث الى موضع مسألته ولا يخامره شك في انها لم تبحث في مواضع اخرى ، لئلا يضطر اذا كان مدققا الى قراءة المؤلف كله وقد يتكون من عدة مجلدات ، بحثا وراء مسألته ، هذا اضافة الى ان ما طبع منها قليل وان الكثرة منها لم تطبع بعد ، وما طبع لم يحظ بالعناية الواجبة في التحقيق وفي الطبع يضاف الى ذلك تشتت المؤلفات ، مطبوعها ومخطوطها في المكتبات العامة المختلفة وصعوبة الحصول على المطبوع منها وصعوبة المكث في المكتبات لظروف

الباحث ولظروف المكتبات نفسها .

وهنا لابد ان اشير الى انني لاقيت صعوبة عنــــد طلبي كتابا مطبوعا في دار الكتب في القاهرة بعد تسجيل رقمــه ورمزه وعنوانه فكنت امكث أحيانا مدة نصف ساعة لاحصل على الكتاب المطلوب ثم ترد لي بطاقة الطلب بعد هذه المدة الطويلة بكتاب آخر غيـــر المطلوب وذلك لوجود خطأ في تسجيل الارقام المحفوظة في المكتبة نفســـها وبهذه المناسبة لابد لي ان اشيد بتنظيم قســــم المخطوطات في دار الكتب نفسها ومعاونة القائمين على ادارته وعلى رأسهم الســـــيد (فؤاد السيد) فكنت أحصل على الكتاب الذي أطلبـــــه في مدة لا تتجاوز دقائق معدودات وأضف الى ذلك حسن المقابلة والاهتمـــام بالباحث وتذليل الصعوبات امامه بكل بشاشة ورحابة صدر مـــــا يستوجب الثناء .

وأرى بهذه المناسبة ضرورة العناية بكتب الفقــه الاسلامي وذلك بتعاون الدولة والمعنيين بالفقه الاسلامي باتباع ما يأتي :ـــ

١ ـــ وجوب البحث والتنقيب في أنحاء البلاد الاسلامية والشرقيــة وغيرها ، على آثار الفقهاء المسلمين الاقدمين فهناك مؤلفــــات ثمينة لم يصل الينا للآن الا اسمها وبعض محتوياتها في مواضع متفرقة وفي كتب مختلفة .

٢ ـــ وجوب العناية بطبع المخطوطات بعــــــد تحقيقها بالحالة التي انفت عليها .

٣ ـــ تناول الكتاب المطبوع بالتنظيم والترتيب حسب العقلية الحديثة

مع المحافظة على جوهره ونصه كي يسهل الاطلاع عليه من قبل الباحث ولئلا يضطر في حالة عدم التنظيم والترتيب الى قراءة جميع ما في الكتاب بحثا وراء مسألته •

٤ ـ عمل فهارس منظمة ودقيقة للمراجع الضخمة اسوة بالفهارس المؤلفة للقرآن الكريم ولكتب الحديث وحبذا لو تشحذ همم طلاب الدراسات الاسلامية العليا لهذه الغاية النبيلة •

٥ ـ عمل (موسوعة شرعية) لكل مذهب ، وكذلك يجمع كل ما في الكتب الشرعية حسب ترتيبها التاريخي الزمني ، من أفكار وتصويرات في موسوعة مرتبة بنظام حديث •

٦ ـ العناية بالتعليقات والدراسات المقارنة بالشرائع الاخرى قديمها وحديثها وتدوين ذلك ونشره •

واذا ما تم ذلك كان أمام الباحث :ـ

(أ) موسوعة شرعية منظمة جامعة لكل ما في الكتب من أفكار وآراء بحيث يكفي الباحث مدة وجيزة كي يعمل منها بحثه •

(ب) كتب منظمة مرتبة بحيث يستطيع الباحث ان يقرأ الموضوع الذي يبحث عنه مرتبطا متلاحقا لا تفصله عن بعضه مسائل لا تمت اليه بصلة •

(جـ) الكتب الاصلية •

هذا ما يتعلق في الكتب أما فيما يتعلق بالباحثين فالواجب تشجيعهم بالوسائل الادبية والمادية كي يتيسر لهم الاستمرار في

سخنهم ، وحتى تزداد الرغبة الى ذلك فتنشأ نهضة فقهيـــة كتلك التي ازدهرت في أوائل العصر العباسي ومنتصفه بالنظر لعناية الخلفـــاء بالفقهاء ورعايتهم النشاط الفقهي الذي كان يظهره الفقهاء في حلقاتهم الدراسية ومناظراتهم بحرية واسعة ورحلات العلماء من قطر الى آخر واجتماع بعضهم بالبعض وحبذا لو ينظم نشاط الافراد في هذا الحقل جامعة اسلامية تمثل مختلف الدول الاسلامية .

واذا كان الفقه الاسلامي لم يضع نظرية عامة لم يفرد لها بحثـا مستقلا لا في نظرية الظروف الطارئة ولا في غيرها من النظريات فهو يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حلولا عملية عادلة ينساب فيهـا تيار خفي من المنطق القانوني المنسق ، هذا من جهة ومن جهـة اخرى فان الفقه الغربي اضطر الى وضع نظرية عامة للحـوادث الطارئة ، لان قوة العقد الملزمة منه قد بولغ فيها مبالغـــة دعت الى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولا الى مقتضيات العدالة وكانت المبالغة تحت تأثيـر المذاهب الفردية التي تشيد بسلطان ارادة العاقدين والتخفيف كـان تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي .

أما في الفقه الاسلامي ، حيث مقتضيات العدالة تسود عنـــد تعارضها مع القوة الملزمة للعقد فقد أمكن في ضوء هـذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء دواعي لصياغة نظرية يرجع اليها لتبرير ذلك ، ما دامت مقتضـيات العدالة هي التي يلجأ اليها لهذا التبرير .

فسنرى عند البحث ان الاساس الذي قامت عليه معالجـــة

أحكام الطوارىء هو ما اقتضته العدالة من رفع الضرر الذي يصيب أحد المتعاقدين من المضي في موجب العقد ، ضرر لم يستحقه عند ابرام العقد ، وذلك بسبب حدوث ظرف طارىء ، لا يمكن توقعه أو التحرز منه جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فقرر الشرع الاسلامي الحنيف ان هذا يعتبر عذرا له لفسخ العقد وتفصيل ذلك في البحث الفقهي (الفسخ بالاعذار) كما في عقد الايجار وعقد المزارعة وغيرها .

كذلك من مقتضيات العدالة في الفقه الاسلامي أن لا يكسب البائع في بيع الثمار والبقول مالا حراما لا يوجد له حق شرعي فيه فيما اذا أصابت الثمار والبقول جائحة سببت فيها التلف لانه اذا تلفت الثمرة كلها أو جزء منها لا يبقى للمشتري مقابلا لعرض هذا الشيء . وتفصيل ذلك في البحث الفقهي (وضع الجوائح) كما جاء في الحديث الشريف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (أرأيت اذا منع الله الثمرة فلم يأخذ احدكم مال اخيه ، لاينبغي ان يأخذ أحدكم مال أخيه باطلا) وتحتوي الرسالة على مقدمة ومدخل وبابين يتضمن الباب الاول دراستها فقها وتشريعا ويحتوي الباب الثاني على تطبيقات الفقه الاسلامي باختلاف مذاهبه لهذه النظرية .

وحيث ان القانون صاغ النظرية صياغة فنية ستكون خطة البحث ان ابين صياغتها في القانون أولا ثم تطبيقاتها في الفقه الاسلامي ثانيا كما ستحتوي عناصر البحث على بيان مفهوم النظرية ومجال عملها وتحديد مدلولها بتمييزها عن النظريات المختلفة التي

ترتبط معها بأوجه الشبه مع بيان أوجه الاختلاف ثم بيان شروطها وآثارها ثم توضيح تصويرها الفقهي والقانوني والاساس الذي تقوم عليه ثم بيان القواعد الفقهية العامة المستنبطة من الكتاب والسنة وسيكون البحث متداخلا في بعض فصوله لابراز المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون ثم بيان تطبيقات النظرية وكيفية معالجة أحكام الضوارىء في مذاهب الفقة الاسلامية المختلفة ثم بيان موازنة بين المذاهب الفقهية وتقييم الرأي الراجح وأخيرا بيان الموازنة بين الفقه الاسلامي والقانون داعيا الله عز وجل أن يسدد خطانا جميعا لما فيه رضاه وكل عمل لا يبتغى فيه وجه الله سبحانه تعالى وابتغاء مرضاته فلا قيمة له في نظر الشرع الاسلامي والله من وراء القصد •

ولا يفوتني أن أشكر الاستاذ المشرف السيد شفيق العاني لتوجيهاته القيمة وتشجيعه المستمر وتأمين بعض المصادر المهمة التي استندت اليها في اعداد الرسالة جزاه الله سبحانه وتعالى كل خير وتوفيق •

المدخل الى الرسالة

ما هو المقصود بالظروف الطارئة ؟

بالنظر لان منطوق النظرية قد اشتمل على بعض المفردات والتراكيب اللغوية اقتضى توضيح معانيها في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني مراعين ما اتفقت عليه قواميس اللغة وما اصطلح عليها في كتب الفقة الاسلامي وفي كتب القانون .

١ ـ الظروف ـ لغة ـ جمع ظرف ، والظرف هو الوعاء[١] وقال الكسائي هي المحال[٢] والفراء يسميها الصفات[٣] ومنها ظرف الزمان والمكان عند النحاة ، الطارىء ـ لغة ـ مشتق من طراء يطراء ، طرأ وطرواء ، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة .
وعليه فالمقصود من الظروف الطارئة في اللغة هي الحوادث التي تحدث فجأة .

---

١ ـ كما جاء في شرح كتاب التيل وشفاء العليل في الفقه الاباظي ج ٢ ص ١٢٠ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٢٧ .
٢ ـ قاموس المحيط ح ٨ ص ٥ ، تاج العروس ح ٦ ص ١٨٣ـ١٨٦ ، معجم لسان العرب ح ١٠ ص ٢٢٨
٣ ـ معجم تاج العروس ، معجم لسان العرب (نفس الجزء والصفحات) .

٢ ـ أما الظرف الطارىء في الاصطلاح القانوني[٤] : فهو الحادث العام النادر الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهض في الاسعار أو نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين ابرامه وتنفيذه والا يكون بالامكان توقعه أو التحرز منه .

٣ ـ والظرف الطارىء يقابله في الفقه الاسلامي هو الآفة السماوية[٥] أو الجائحة[٦] أو النازلة[٧] وكل عذر[٨] في بقائه ضرر على أحد المتعاقدين كمرض مانع أو خوف مانع .

٤ ـ المرهق ـ لغة ـ مشتق من رهق كفرح والرهق اسم من الارهاق وهو ان تحمل الانسان على ما لا يطيقه[٩] وفي القرآن الكريم (لا يرهق وجوههم قتر ولا ذلة) (فلا يخاف بأسا ولا رهقا) ويقال (لا ترهقن لا ارهقك الله) أي لا تعسرني لا أعسرك الله .

٥ ـ في الاصطلاح القانوني ـ التنفيذ المرهق هو الذي يجاوز السعة ويهدد المدين بخسارة فادحة دون أن يبلغ حد الاستحالة .

٦ ـ وفي الاصطلاح الشرعي ـ هو التنفيذ المعسر والذي يسبب عجز العاقد عن المضي بموجب العقد أي ان يجعل تنفيذ التزامه

ـ الوسيط للسنهوري حـ ١ ونظرية العقد للدكتور سليمان مرقس

٦،٥ ـ بداية المجتهد حـ ٢ ص ١٨٦ .

٨،٧ ـ المحلى لابن حزم حـ ٨ ص ١٨٧

ـ تاج العروس جـ ٦ ص ٣١٥ ، معجم لسان العرب حـ ١٠ ص ٢٢٨

معســـرا .

٧ ـ الوضع ـ لغة ـ ضــد الرفــع . واصطــلاحـا الحـــط والانقاص ، ووضع عن غريمه وضعا أي انقص مما له عليـــه شيئا وفي الحديث الشريف (من انظر معسرا أو وضع له اظله الله تحت عرشه يوم لا ظل الا ظله) والوضـــع من الثمن أي الحط منه[10] .

٨ ـ الجائحة[11] ـ لغة ـ من جاح يجوح اجاحة واجتياحـــا أي (الاستئصال) وجاحتهم السنة جوحا اي استأصلت أمـــوالهم والجائحة ـ الشدة والنازلة العظيمة وفي الحـــديث (اعاذكم الله من جوح الدهر) وفي الاصطلاح الشرعي ـ الجائحة آفة تجتاح الثمر ، سماوية ولا تكون الا في الثمار والبقول وعلـ . فالمقصود من وضع الجوائح ـ الانقاص من الثمن بســـبب التلف الذي تسببه الجائحة للثمار والبقول .

هذا ولا يوجد لوضع الجوائح ما يقابل هـــذا الاصطلاح في القـــانون .

التعريف بنظرية الظروف الطارئة

الاصل ان العقد (شريعة المتعاقدين) فاذا نشأ العقـــد صحيحا ملزما فالواجب تنفيذه في جميع ما اشتمل عليـــــه ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانونا لان العقد يقوم مقام القانون في تنظيـــم العلاقة التعاقدية .

١٠ـ معجم لسان العرب حـ ٢ ص ٣٩٦ ، معجم تاج العـــروس حـ ٥ ص ٥٤٧

١١ـ معجم لسان العرب جـ ٢ ص ٤٣١ ، معجم تاج العـــروس حـ ٢ ص ١٤٣

فاذا تولى المتعاقدان بارادتهما تنظيم الرابطة التعاقدية فيما بينهما كان العقد هو القانون الذي يسري عليهما فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، الا اذا قرر القانون بالنسبة لعقود معينة انه لكلا المتعاقدين ان يستقل بالغائها مثل عقد الوكالة والوديعة والعارية .

كذلك لايجوز للقاضى أن ينقض عقدا أو يعدله بدعوى ان النقض أو التعديل تقتضيها العدالة ، فالعـــدالة تكمل ارادة المتعـــاقدين ولا تفسخها .

هذا هو الاصل اما الاستثناء فكثيرا ما يحدث في العقـــــود المتراخية التنفيذ كعقد الايجار وعقد البيع المؤجل التنفيــذ أن تتغير الظروف التي ابرم خلالها العقد على أثر حادث طارىء لم يكن متوقعا وقت ابرامه فيصبح الوفاء بالالتزامات لا مستحيلا استحالة تامـــة ، ينقضى بها الالتزام ، كالاستحالة الناشئة عن القوة القاهرة ، وانمـــا يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بسبب حدوث الظرف الطارىء .

نرى في هذه الحالة ان الدائن يتشبث من جانبه بالقوة الملزمـــة العقد ويتمسك بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه بصورة كاملة ، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يحيق بالمدين من خسارة فيمـــا لو أكره على التنفيـــذ .

ويحاول المدين من جهة ثانية التمسك بما طرأ على العقـــد من ظروف تجعل الوفاء بالتزامه متعسرا ، ويطلب تعـــديل الالتزام كي تتناسب مع اثر الظروف الطارئة أو يطالب بالفسخ أو يطلب تدخـــل القضاء لرد الالتزام الى الحد المعقول .

والحقيقة ان فكرة (الغبن) القديمـة تطورت وظهرت في مظاهر مختلفة وفي شكل نظريات حديثة فمن الغبن تولدت نظرية الاستغلال ومن هذه الاخيرة تولدت نظرية الظروف الطارئة ٠

وسنرى في هذه الاطروحة موقف الفقـــه الاسلامي وموقف القانون الاداري والقانون المدني في تنظيم العلاقة بين الدائن والمدين عند حدوث الظرف الطارىء في الفترة بين ابرام العقد وبين تنفيـذه أو خلال التنفيذ ٠

التطور التاريخي للنظرية[١٢] ٠

١ ــ النظرية في القوانين القديمة :

لما كانت نظرية الظروف الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي الى العقد فينال من قوته الملزمة وحيث ان القانون الروماني يغلب عليه طابـع التقيد بالشكليات لذلك لا نسمع للنظرية صدى في هذا القانون ولم يشر لها الا في أقوال الفلاسفة من أمثال (شيشرون) و (سبيدنيك)

فمن أقوال شيشرون : (عندما يتغير الزمن يتغير الواجب)

ويقول أيضا (لا يجب التمسك بالوعود التي تصبح ضارة بمن صدرت لهم ، واذا أصبح التعهد الذي اعطيته يسبب لك من الضـرر أكثر ما يسبب لك من النفع لمن تعهدت له فلا يكون مخالفا للواجب اذ

١٢ــ الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ج ١ ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة للدكتور محمد عبدالجواد محمد (عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة ــ فرع الخرطوم)

الفائدة الاكبر تفضل على الاقل[13] .

ومن أقوال سيينيك : (انا لا اعتبر حانثا لعهدي ، ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء ، الا اذا ابقيت الامور على ما هي عليه وقت التزامي ثم لم انفذه ، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرا في أن اناقش التزامي من جديد ، ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ويجب ان يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي .

ويتضح من هذا القول ان العاقدين لا يسألان عن تنفيذ التزامهما الا في مثل الظروف التي ابرم فيها العقد اما اذا تغيرت هذه الظروف فلهما أن يناقشا التزامهما ويعدلانه تبعا للظروف الجديدة .

٢ ـ النظريه في القانون الكنسي

لما كانت النظرية تستند الى فكرة العدالة وانصاف المتعاقد المغبون وانقاذه من الخسارة الفادحة التي تصيبه بسبب الحدث الطارىء الذي لم يكن في حسبانه وتقديره ولا يد له في حدوثه كان من الطبيعي أن تأخذ هذه النظرية مكانا ملحوظا في التشريعات المستمدة من أصل ديني فنادى بها في القرون الوسطى فقهاء القانون الكنسي وأقاموا قواعدها على أساس من العدل يجب أن يسود العقد

١٣ـ ان هذه العبارة قريبة مما ورد في القواعد الفقهية الاسلامية خاصة ما جاء في القاعدة الخامسة من (الاشباه والنظائر لابن نجيم) والتي تقول (درء الفاسد اولى من جلب المصالح ، فاذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا) وقاعدة (ان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف) وقاعدة (يختار أهون الشرين)

منذ تكوينه الى الانتهاء من تنفيذه فلا يكفي أن تتناول التزامات طرفية عند ابرامه وانما يجب أن يستمر هذا التعادل خلال التنفيذ والى انتهائه[١٤] .

ويجدر أن نوضح ان فقهاء الحواشي هم الذين لفتوا النظر الى هذه النظرية فقد استنتجوا من فقرة وردت في (مدونة جستنيان) أن يفترض في جميع العقود (بقاء ما كان على ما كان) وفهموا من هذا النص ان هناك شرطا ضمنيا في كل عقد مؤداه ان المتعاقد يلتزم بعقده (متى ظلت الظروف على ما كانت عليه) ومفهوم المخالفة لهذا الشرط ان المتعاقد لم يقصد التقيد بما التزم به اذا تغيرت الظروف التي أحاطت بالعقد تغيرا جوهريا[١٥] .

وكان رجال الكنيسة في هذه العصور يرتبون على الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ، أثرا قانونيا ، اذ ان هناك غبنا يصيب المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أم حدث عند تنفيذ الالتزام الذي هو اثر من آثار العقد .

والغبن عندهم طريق من (الربا المحرم) لا يحل أكله وهو اثراء دون وجه حق على حساب المدين المرهق[١٦] .

١٤ــ الاستاذ اسعد الكوراني ــ مقال له في مجلة المحاماة سنة ٤٠ ص ٢١٧

١٥ــ من محاضرات الاستاذ الدكتور حسن الذنون القيت على طلبة ماجستير القانون (القسم الخاص) في سنة ١٩٦٨ ص ٦٠

١٦ــ الوسيط في شرح القانون المدني المصري للسنهوري ج ١

٣ ـ النظرية في القضاء المدني الفرنسي .

ان النظرية التي أقرها فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى أخذت تضعف أمام (مبدأ سلطان الارادة) الذي يقـــوم على ان الارادة وحدها هي مصدر الالتزامات التعاقدية وما يترتب عليهـا من آثار ، فلا يلتزم شخص بعقد ولا يكتسب منه حقا الا اذا عقـــده بارادته الحرة ، وهو ملزم بكل دين ينشأ من العقد الذي عقده بارادته ، مهما نحقه من ارهاق ، لان التعادل في العقـــد لا يكون بين الشـــيئين المبادلين ، وانما يكون بين الارادتين الحرتين اللتين يتمتع بهما كل من المتعاقدين • فاذا نشأ العقد من توافقهمـــا ، كان وحده شريعـــة المتعاقدين والعقد يقوم مقام القانون في تنظيم الرابطـــة التعاقدية فلا ينقض ولا يعدل الا باتفاق آخر بين هـاتين الارادتين ، فليس من حق أحدهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله (الا اذا أجاز القانون ذلك في عقود خاصة مثل عقد الوكالة وعقد العارية) ، كمـا انه ليس من حق القاضي بأية حجة من دواعي العدالة نقض العقد أو تعديله انمـا له أن يفسر العقد بالرجوع الى نية الطرفين •

بهذا المذهب المغرق في الفردية ــ ساد مبدأ القوة الملزمة للعقـد في نطاق مصلحة الفرد ، دون أن يقام وزن لما يسببه من ارهاق لاحـد المتعاقدين بسبب تبدل الظروف[١٧] •

هذا وان القضاء الفرنسي حاول تطبيق نظريـــة الظروف الطارئة غير ان محكمة النقض الفرنسية وقفت في وجه هذه المحاولات •

١٧ــ من تقرير للاستاذ اسعد الكوراني المحامي في المؤتمـــر الخامس لاتحاد المحامين العرب المنعقد في بيروت من ١ــ٥ ايلول ٩٥٩

كما يبدو في حكم محكمة (روان) الصادر في ٩ شباط ١٨٤٤ ، ومحكمة (بوردو) في ١٨ مايس ١٨٥٢ وجدد محاولته بعدئذ في حكم محكمة تولوز في ١ حزيران ١٩١٥ غير ان محكمة النقض رفضت الاخذ بهذه الاحكام •

كما رفضت تعديل عقد يرجع الى القرن السادس عشر تبدلت كل ظروفه الاقتصادية[18] •

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية ان تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية بطريق الاقتراع ثم زيد عدد الجيش الى النصف تقريبا مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارىء[19] •

وان موقف القضاء المدني الفرنسي ممثلا في محكمة النقض تجاه نظرية الظروف الطارئة لا زال على حاله لحد تاريخ اليوم •

٤ ـ النظرية في القضاء الاداري والقانون الدولي العام

ان نظرية الحوادث الطارئة اذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص فقد ازدهرت في القانون العام ، وبدأت في القانون الدولي العام كشرط مفروض في المعاهدات الدولية فاذا ما استجدت ظروف عالمية وجب النظر في المعاهدات وفقا للظروف المستجدة ثم انتقلت من القانون الدولي العام الى القانون الاداري وان القضاء الاداري لم

١٨ـ نفس المصدر
١٩ـ الوسيط للسنهوري ص ٧١١

يذهب مذهب القضاء المدني تجاه نظرية الطوارىء بل استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يقبل هذه النظرية اثر تبدل الظروف الاقتصادية في الحرب العالمية الاولى •

فأقر بالحكم الصادر في ٣٠ آذار ١٩١٦ في قضية شركة الغاز بمدينة بوردو مبدأ تطبيق نظرية الظروف الطارئة •

وخلاصة القضية : ان شركة الغاز تعاقدت مع الادارة لتجهيز الغاز الى مدينة بوردو في فرنسا وكان سعر الطن من الفحم اثناء ابرام العقد في سنة ١٩١٣ (ثمانية وعشرين فرنكا) ثم ارتفع سعره الى ثلاثة وسبعين فرنكا للطن الواحد في سنة ١٩١٥ بعد نشوب الحرب العالمية الاولى الامر الذي وجدت فيه الشركة ان الاسعار التي تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطي نفقات الادارة فتقدمت الى السلطة الادارية مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الاسعار غير ان السلطة رفضت وتمسكت بتنفيذ الالتزام بناء على (ان العقد شريعة المتعاقدين) وان تنفيذه لم يصبح مستحيلا وان الفحم موجود ولو ان سعره ارتفع •

وانتهى الامر بين الشركة والسلطات الادارية ان عرض على مجلس الدولة الفرنسي فقرر مبدأ جديدا مستمدا من قاعدة سير المرفق العام سيرا مطردا مؤداه (اذا جدت ظروف لم تكن في الحسبان من شأنها أن تزيد الاعباء الملقاة على عاتق الملتزم الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما ، فللملتزم الحق في أن يطلب من الادارة ، ولو موقتا ، المساهمة الى حد ما في الخسائر التي تلحق به)[٢٠] •

٢٠ـ الدكتور سليمان الطماوي ـ العقود الادارية ط ١٩٦٥ ص ٦٥١

واستمر مجلس الدولة على اقرار هذا المبدأ وتوسع فيه فأقر تطبيقه سواء أكان الطارىء ناشئا من ظروف طبيعية كالزلازل والفيضانات ، أو كانت ناشئة من عمل الانسان كالحرب والثورات والاضرابات ، أو من جهة ادارية غير السلطة الادارية المتعاقدة ، وعلى هذا الاساس أجاز مجلس الدولة تطبيق النظرية في كل الاجراءات العامة التي تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد ، مثل القوانين الاجتماعية التي ترفع الاجور او تفرض ضرائب جديدة او تزيد فئات الضرائب القديمة أو تغير نظامها النقدي فتخفض العملة أو نفرض قيودا على تداولها أو تطبيق مبدأ الاقتصاد الموجه . كما اجاز الاستناد اليها في الاجراءات الخاصة كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة أو ترحيل بعض السجناء من السجون ، أو نقل الجنود من منطقة الى اخرى أو تدخل الادارة في لسوق مشترية لتنفيذ مشروعات عامة في أماكن مجاورة للاعمال المتعاقد عليها ، والضابط الوحيد المستفاد من أحكام تطبيق النظرية ، أن يؤدي الحادث الى قلب اقتصاديات العقد[٢١] وقد راعى مجلس الدولة الفرنسي وهو يقرر هذا المبدأ انه لو طبق القواعد المدنية على اطلاقها لترتب على ذلك حتما توقف الملتزم عن ادارة المرفق العام بعجزه بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة او بسبب مايلحق من خسارة فادحة ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار من توقف المرفق عن اداء الخدمات التي عولوا عليه في ترتيب امور حياتهم)[٢٢] .

٢١ـ الاستاذ اسعد الكوراني (المؤتمر الخامس لاتحاد المحامين العرب)
٢٢ـ الطماوي المرجع السابق ٦٥٤

الامر الذي يسبب ضررا لجمهور المنتفعين أكبر من الضرر الذي يصيب الادارة اذا ساهمت بجزء من النفقات وبصورة موقتة .

وقد سبق القضاء الاداري تطبيق هذه النظرية قبل القضاء المدني لسببين(٢٣) :ـ

١ ـ ان القضايا التي تعرض على القضاء الاداري تتصل اتصالا دقيقا بالصالح العام ـ لذلك نرى ان القضاء الاداري يحرص على التوفيق بين تطبيق القواعد القانونية وبين تحقيق المصالح العامة ـ فاذا نظرت الى قضية مثل قضية (غاز بوردو) كان على القضاء أن يحسب حسابا للخدمات العامة التي تقدمها الشركة للجمهور ولا يجوز أخذها بالعنت والا أفلست وتوقف سير المرفق العام الامر الذي يؤدي الى ان يقاسي الجمهور أكثر مما يقاسيه لو عدل الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة أما القضاء المدني فالغالب من القضايا التي تعرض عليه تتعلق بمصالح الافراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة فلبس أمامه هذا الاعتبار الذي يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية الى ما تقتضيه المصلحة العامة .

٢ ـ ان القضاء الاداري غير مقيد بنصوص تشريعية كالقانون المدني فهو يتمتع بحرية أكثر تجعل بعض أحكامه أقرب الى التشريع وتيسر له أن يماشي تطور الظروف . أما القضاء المدني فمقيد بنصوص تشريعية لا يستطيع الانحراف عنها الا بكثير من الجهد والمداورة ، فلا يسهل على القضاء المدني أن يغير من

٢٣ـ السنهوري ـ الوسيط جـ ١

هذه القواعد حتى يدخل شيئا من المرونة على فكرة القوة القاهرة ويتدرج بها من المستحيل الى التنفيذ المرهق ويجعل لكل منزلة حكمها واذا كانت القضايا الادارية من اختصاص القضاء المدني كما كانت الحالة في مصر قبل انشاء مجلس الدولة . وكما هو الحال في القضاء المدني العراقي في الوقت الحاضر ، فانه ينزع الى تطبيق نصوص القانون المدني على هذه القضايا الادارية وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية في قضية توريد الذرة الى مصلحة الحدود .

وهذا الخلاف الذي ظهر بين القضائين المدني والاداري في فرنسا قد ظهر في الفقه أيضا فقد ذهب بعض رجال القانون الى الاخذ بها وان لم ينص عليها القانون ولكن الغالبية الكبرى من الفقهاء ذهبت الى عكس ذلك ، بل ذهبت الى رفض النظرية في القانون حرصا على قيمة العقود ، وحذر من أن يستغل المدين ذو النية السيئة الفرصة للتحرر من التزاماته .

٥ ـ النظرية في القضاء المصري

وهذه المرحلة التاريخية التي مرت بها نظرية الظروف الطارئة في فرنسا قد تكررت بذاتها في مصر ، لولا انها قد انتهت فيها باقرار النظرية في القانون المدني .

والواقع ان القانون المدني المصري القديم كان مأخوذا من القانون المدني الفرنسي ، وكان الفقه والقضاء المصريان متأثرين أشد التأثر بالفقه والقضاء الفرنسيين ، فمن الطبيعي أن يتجه القضاء المصري ،

الوطني والمختلط الى عدم الاخذ بنظرية الحوادث الطارئة استنادا الى ما استقر عليه القضاء الفرنسي من أن العقد شريعـــة المتعاقدين فلا ينقض ولا يعدل الا باتفاقها ، وليس من حق القاضي أن يتدخـــل لتعديله ، وقد أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة سلسلة طويلة من الاحكام بهذا المعنى تبتدىء بحكمها الصـــادر في ١٣ كانون ثاني ١٨٩٩ وتنتهي بحكمها الصادر في ٣ حزيران ١٩٤٨ الذي غالت فيـه بالتمسك بالعقد وتطبيق نطاق القوة القاهرة وقضت ، ان التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة فلا يجوز الاحتجاج بهـــا التخلص من الالتزام[٣٤] .

وقد سار القضاء الوطني هذا السير في أحكامه متأثرا بمذهـب القضاء المختلط والقضاء الفرنسي في هذا الموضوع .

الا ان محكمة استئناف مصر الوطنيـــة قد خرجت لاول مرة عن نطاق هذا المذهب وقضت بقبول نظرية الحوادث الطارئة بحكمها الذي اصدرته في ٩ نيسان ١٩٣١ الا ان محكمة النقض لم تستجب لهـذه المحاولة البارعة وانه على الرغم من عدم نجاح محـاولة محكمـة الاستئناف المذكورة الا انه كان لحكمها صدى عظيما في عالم القانون وهذا ما يدعونا الى تلخيصه فيما يلي[٢٥]

تعاقدت مصلحة الحدود مع أحد المتعهدين على أن يورد لهـا كمية من نوع معين من أنواع الذرة (٨٤٢٠ اردبا ذرة عويجة) بسعر قدره (٢٥٥) قرشا للاردب ، وأخذ المتعهد يجهز المصلحـة ، وحصل

٢٤ـ السنهوري ـ الوسيط ج ١ ص ٦٣٦
٢٥ـ من محاضرات الاستاذ الدكتور حسن الذنون ـ المرجع السابق ـ ص ٦٣ ـ ٦٥

بعد ذلك أن طالبته المصلحة بتوريد (٢١٢٨) اردبا من الكمية المتعاقد عليها فلم يورد سوى (١٣٦) اردبا ، وتوقف عن توريد الباقي مدعيا بان ارتفاع أسعار الذرة فجأة في السوق الى حوالي ضعف ما كانت عليه بسبب (الغاء التسعيرة الجبرية) التي كانت مفروضة عليها عند ابرام العقد جعل تنفيذ التزامه مرهقا خصوصا وان هذا النوع من الذرة أصبح نادر الوجود •

لم تستمع مصلحة الحدود الى حجته وانما قامت بشراء الكمية الباقية من السوق بسعر (٥٠٠ قرش للاردب) على حسابه وذلك بناء على شرط وارد في العقد يعطي للمصلحة هذا الحق اذا تأخر المتعهد في تنفيذ التزامه أو امتنع عنه ويجعله مسؤولا عن كل زيادة عن الثمن المحدد في العقد •

التجأ المتعهد الى القضاء وقضت محكمة أول درجة برفض طلبه ؛ وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم للاسباب التالية التي أوردتها في حيثيات حكمها :

الحجة الاولى :ـ ان المصلحة لم تلحقها خسارة لانها اشترت الصنف بالسعر المقرر له في السوق ولكنها تشكو من حرمانها من مكسب بناء على أن العقد يوجب على المستأنف أن يورد لها الذرة التي أصبح ثمنها يزيد على الخمسمائة قرش للاردب ويدفع لها الفرق من عنده ، ودفع المغارم مقدم على جلب المصالح •

الحجة الثانية :ـ انه وان كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري الا انه يجب أن يكون ذلك مقيدا بمقتضيات العدالة

روح الانصاف والدائن الذي يتشبث رغم ذلك بتنفيذ العقد يكون مخلا بقواعد العدل والانصاف ، ويرتكب ظلامة لسعيه أن يحوز من نقده كل المزايا وهي كانت نتيجة الصدمة والخطر ، وبالنسبة للمدين منبع غرم ودمار .

الحجة الثالثة :ــ بما ان المصلحة بتمسكها بوجوب تنفيذ العقد كما هو ويتحمل المستأنف فرق الثمن تريد في الواقع أن تثري على حسابه بغير سبب كما ان هذا التمسك فيه معنى الاساءة والافراط في استعمال الحق .

الحجة الرابعة :ــ انه توجد نصوص فى القانون وان كانت لا تقرر صراحة نظرية (الطارىء بما ليس في الحسبان) الا انها تعتبر تطبيقا لها وقد استشهد الحكم بالمادة (١٦٨) التي تجيز للقضاء فى أحوال استثنائية أن يأذنوا بالوفاء على أقساط أو بميعاد لائق اذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم للدائن ، وبالمادتين (١٢ و١٢٢) الخاصتين بكيفية طريقة تقدير التعويض في حالة عدم الوفاء وانه اذا لم يكن عدم التنفيذ هذا ناشئا من غش المدين أو خطأه الجسيم فانه لا يكون ملزما الا بما كان متوقع الحصول عقلا .

وقالت انه (اذا كان القانون لا يريد ارهاق المدين حسن النية ولو كان مخطئا ، فمن باب أولى لا يجوز ارهاقه اذا لم يكن مخطئا ان كان ضمن الظروف)[٢٦] .

٢٦ــ محاضرات الدكتور حسن الذنون ــ المصدر السابق ــ

وجاء في حيثيات الحكم ايضا :

(ان الروح التي أملت نظرية الاثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الافراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما ، هي نفسها التي تملي نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت العقد ..

وجاء فيه أيضا : (ونظرية الطوارىء بما لم يكن في حسبان العاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبري ، اذ ان هذه تتطلب لاجل أن تتحقق استحالة التنفيذ الكلية ، وتلك تتطلب استحالة نسبية ، أو بالاحرى ظرفا يجعل تنفيذ الالتزام افدح خسارة وأعظم ارهاقا للمدين ...)

وانتهت المحكمة الى الحكم بانقضاء الالتزام المترتب على المدين[٢٧] .

وقد كان هذا الحكم أول اجتهاد قضى بقبول نظرية الحوادث الطارئة غير ان محكمة الاستئناف لم تصب في النتيجة لما حكمت بانقضاء الالتزام استنادا اليها ، لان النظرية توجب تعديل الالتزام والمشاركة في تحمل الضرر بين المدين والدائن ، وأما انقضاء الالتزام فلا يكون الا بسبب القوة القاهرة .

ومهما كان الرأي في الاسباب التي أخذت بها المحكمة في تبرير الحكم بهذه النظرية وهي مبادىء العدل والانصاف ووحدة السبب ما بينها وبين نظرية الاثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع ،

٢٧ـ مجلة المحاماة سنة ١٢ ص ٦٣

ونظرية الافراط في استعمال الحق ، وهما النظريتان اللتان حكم بهما القضاء دون النص عليها في القانون ، فمما لا شك فيه ان هذا الحكم يؤلف في هذا الموضوع حجر الزاوية في اجتهاد القضاء المصـري وفي الفقه ايضا بسبب ما أثاره من جدل وتعليقات[٢٨] .

ولكن هذه الخطوة الجريئة من محكمة الاستئناف لم تلق التأييد من محكمة النقض والتي قضت بنقض الحكم وباعادة القضـية الى المحكمة للفصل فيها مجددا ، وقد جاء في حيثيات محكمة النقض :ـ

(ان المحكمة سلكت سبيل التأويل في القانون ، فقيـدت حكم احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ، ما دام لم يصبح تنفيذهـا مستحيلا استحالة مطلقة ، بقيد وضعته هي من عنـد نفسها ، وهو مراعاة مقتضيات العدالة وروح الانصاف ، لتصل بذلك الى جـواز الحكم بفسخ الالتزام .

وهي اي محكمة النقض (لا تسـتطيع ان تسلك محكمـة الاستئناف من تأويل النص القانوني على نحو ما جرت عليه مما لا نرى فائدة من مناقشتها فيه) .

وجاء في الحكم أيضا ان محكمة الاستئناف قالت ان في نظريـة الاثراء على حساب الغير ونظرية الافراط في استعمال الحـق ما يدعم ذلك القيد ثم عرجت بعد ذلك الى نصوص من القانون المـدني فقالت ان حكمي المادتين (١٦٨ ، ١٢٢) يمكن اعتبارهما تطبيقين لهـذه النظرية ... مع انه لا يصح للمحكمـة أن تستبق الشـارع الى ابتداعها ..

٢٨ـ الاستاذ اسعد الكوراني (تقريره في المؤتمر الخامس لاتحـاد المحامين العرب)

وجاء فيه أيضا (وان التشريعات المختلفة الصادرة أثناء الحرب وبعد الصلح كما تدل على صلاحية الاخذ بنظرية حساب الطوارىء في بعض الاحيان ، فهي تدل كذلك على ان الشارع أراد أن يستبقي زمامها بيده يتدخل بها فيما شاء وقت الحاجة وبالقدر المناسب ولمصلحة كلا الطرفين فما يكون للقضاء بعد ذلك الا أن يطبق القانون على ما هو عليه[٢٩] .

على انني أود أن الفت النظر هنا الى خطورة ما قضت به محكمة النقض المصرية اذ من المعروف ان القضاء المدني في مصر كان هو المرجع الوحيد للفصل في القضايا الادارية قبل احداث مجلس الدولة وتوسيع اختصاصاته ، ولهذا لم يقتصر صدى قضاء محكمة النقض على العقود المدنية وحدها وانما تعداها كذلك الى العقود الادارية ، وهذا هو موطن الخطورة في هذا القضاء المعيب ومن هذا يقول الاستاذ السنهوري (لقد كان من حق محكمة النقض بل من راجبها ، والقضية التي تنظرها قضية ادارية ، ان تسير وراء مجلس الدولة في فرنسا فتأخذ بالحوادث الطارئة)[٣٠] .

وقد كان لهذا الحكم الذي أصدرته محكمة النقض ، وللحكم الذي أصدرته محكمة استئناف القاهرة في ٩ نيسان ١٩٣١ صدى بعيدا في الفقه وانقسم الرأي بشأنهما قسمين بين معارض ومؤيد[٣١] ولكل حجته ووجهة نظره .

٢٩ــ محكمة النقض مدني في ١٤ كانون ثاني ١٩٣٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٢ ص ٥٢

٣٠ــ الوسيط للسنهوري جـ ١ ص ٧١٥

٣١ــ من بين المعارضين الاستاذ المرحوم بهجت بدوي ــ الدكتور حامد زكي والاستاذ محمد الوكيل وغيرهم ومن بين المؤيدين السنهوري ــ سليمان مرقس ــ عبدالحي حجازي ــ احمد حشمت ابو ستيت ــ انور سلطان ــ أسعد الكوراني وغيرهم .

حجج المعارضين[32]

١ ـ ان القضاء الاداري عندما يرجع في أحكامه الى مبادىء العدالة ويطبق النظرية انما هو لعدم تقيده في قضاءه بنصوص معينة كما هو الحال في القضاء المدني ولان العقد الاداري يتصل بادارة مرفق عام لمصلحة جمهور المنتفعين وان عدم الاخذ بيد الشركة الملتزمة وتعويضها عن الخسارة يهددها بالافلاس والعجز عن تسيير المرفق العام وبالتالي حرمان الجمهور من هذه الخدمة العامة بينما القضايا التي تعرض على القضاء المدني طابعها المصلحة الفردية .

٢ ـ ان استقرار المعاملات ينادي بعدم المساس بأحكام العقد الناشىء عن توافق ارادتين اجتمعت لهما الحرية والبصيرة وكان الغرض الذي ترميان اليه مشروعا غير مخالف للنظام العام أو الآداب .

٣ ـ ان اسناد النظرية الى مبدأ حسن النية مردود لان حسن النية تقضى بان ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه حسب الالتزام العقدي لا ان يعدل القاضى هذا الاتفاق .

٤ ـ ان اسناد النظرية الى نظرية التعسف في استعمال الحق مردود لان نظرية التعسف انما شرعت للحد من استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير والدائن في صورة تغير الظروف لا يقصد الاضرار بالمدين عندما يطالب بتنفيذ العقد طبقا لاحكامه وان مطالبته بحقه هو تبصرا لا تعسفا .

٣٢ـ بهجت بدوي ـ اصول الالتزامات ص ٤٦١ وما بعدها .

٥ ـ ان اسناد النظرية الى نظرية الاثراء بلا سبب مردود أيضا لان السبب موجود وهو نفس العقد •

٦ ـ ان تعديل أحكام العقد مسألة تخرج عن حدود الفن القضائي لان العمل المألوف للقاضي هو تفسير العقد وليس تعديله •

٧ ـ ان نظرية الحوادث الطارئة تهز مبدأ القوة التعاقدية ذلك المبدأ الذي قرره المشرع الفرنسي نقلا عن الرومان واحترمه الجميع منذ قرون عديدة فلا يعدل الشخص عنه جريا وراء عبارة غامضة الا وهي العدالة •

٨ ـ لا تتفق النظرية مع الفن التشريعي لانها لا تضع مقياسا مضبوطا لتحقق شرط الارهاق وهذا يؤدي الى تحكم القضاء وتصبح العدالة فيه نسبية متغيرة على حسب اختلاف شخصية القضاة وأذواقهم •

٩ ـ ان هذا النص يثير مشاكل ومنازعات مما يهدد المعاملات لان أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الاسعار وأخرى انهيارها •

١٠ـ انها تفسح المجال للمدين سيء النية التخلص من التزاماته بتمسكه بالظرف الطارىء واثره على تنفيذ الالتزام •

على اننا لا نرى في هذه الاسباب كلها ما يبرر هدر مبدأ العدالة بأسمى معانيها والذي تقوم عليها النظرية لا سيما وان الشارع قد وضع لها من الضوابط ما يحول دون المحاذير التي يوردها

المعارضون .

حجـــج المـؤيدين[٣٣]

١ ــ ان النظرية تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العـدالة . فالقانون لا يرى من العدالة أن يرهق المتعاقد بتنفيذ الالتزام الذي يهدده بالخسارة الفادحة لاسباب خارجة عن تقريره وارادتـه ، ظهرت بعد العقد ، وأن يستفيد المتعاقد الآخر من ذلك .

٢ ــ بتطبيقها يوزع العبء الزائد الخارج عما يقتضيه العقـــد ، بين المتعاقدين فهي تضحية من الجانبين .

٣ ــ انها تؤدي الى التوازن بين أحكام القانون فما دام القـــانون لا يقبل الغبن عند تكوين العقد فهو لا يقبل الغبن اثناء تنفيـذ العقد اذا نشأ من سبب لا يد للمغبون فيه .

٤ ــ ان القانون طالما حدد الضرر بطريق التعويض الا يتجاوز ما كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد فالضرر اثناء التنفيذ كذلك يجب الا يتجاوز ما كان يتوقعه كلا المتعاقدين حين تعاقدهمـــا ، والا اختل التوازن بين التنفيذين رغم وحدة المنشأ بينهما .

٥ ــ ان تطبيق النظرية يستند الى مبدأ حسن النية كما ويتصل بعدم الاثراء بلا سبب وعدم التعسف في استعمال الحــق لان الدائن

٣٣ــ نظرية العقد للسنهوري ــ ص ٩٧٦ هامش رقم ١ ، التقنـــين العلني الجديد (شرح مقارن على النصوص) للدكتور محمد علي عرفه طبعة ١٩٥٥ ص ١٠٠ــ١٠١ أســـــعد الكوراني ــ نفس المصدر السابق ــ

اذا تمسك بمطالبة المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء الذي لم يكن يتوقعه ولا يمكن دفعه أوالتحرز منه فيعتبر متعسفا باستعمال حقه ويثرى على حساب المدين المرهق •

٦ ـ ان تطبيق نظرية الحوادث الطارئة انما يؤدي الى انتقاص الالتزام لا الى انقضائه فهما بهذا الجزاء المناسب نظرية عادلة •

٧ ـ لم يترك المشرع أمر تحديد الطوارىء للقضاء يقدرها تقديرا ذاتيا شخصيا بل وضع ضابطا للتوجيه (بانها حوادث استثنائية عامة لم يكن من الوسع توقعها) •

٨ ـ عند تثبت القاضى من توفر الشروط للنظرية وضع المشرع قيدا عند اعمال الجزاء وهذا انقاص الالتزام الى الحد المعقول بعد تقدير مصالح العاقدين تقديرا عادلا وهو تابع لرقابة محكمة النقض (التمييز) •

وان هذا الخلاف الذي قام في الفقه والاجتهاد بمصر حول هذه النظرية قد انتهى بقبولها في القانون المدني الجديد ويعود الفضل في ذلك الى الاستاذ السنهوري الذي تولى وضع القانون وأشرف على كل مراحل تنقيحه ومراجعته واقراره في مجلس النواب والشيوخ واصداره بعدئذ •

أما البلاد العربية ـ التي صدرت تشريعاتها المدنية قبل القانون المدني المصري فلم تأخذ بالنظرية ، وهما القانون التونسى والقانون المراكشى وقانون الموجبات والعقود اللبناني • وأما الجزائر فالقانون السائد فيها هو القانون الفرنسى الذي لم يقر هذه النظرية •

فالبلاد العربية التي أخذت باسلوب التقنين الحديث ، قسمان ازاء هذه النظرية ، قسم لم يأخذ بها يضم تونس ومراكش والجزائر ولبنان وقسم اخذ بها ويشتمل على العراق وليبيا ومصر وسوريا •

والنظرية ما زالت حديثة العهد في قوانين العالم المدنية ، فقد أخذ بها القانون المدني البولوني بعد الحرب العالمية الاولى والقانون المدني الايطالي بعد الحرب العالمية الثانية وكانت مصر ثالث دولة أخذت بها في القانون المدني الجديد .

أما قوانين الدول الاخرى ، كفرنسا والمانيا وبلجيكا وسويسرا ودول أمريكا اللاتينية فما زالت تحتفظ بعراقتها التقليدية ولم تمس بتعديل ولا تنقيح ، على ان الشارع في هذه البلاد وان لم يقر النظرية في القانون المدني ، فقد أخذ وما زال يأخذ بها في تشريعاته الحديثة متأثرا بالتطورات الاجتماعية والاقتصادية الكبيرة التي طرأت على كيان المجتمع[٣٤] .

٣٤ـ أسعد الكوراني ـ نفس المصدر السابق

(معالجة الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي)

ان الفقه الاسلامي عالج الظروف الطارئة خير علاج قبل أن يعرف عنها القانون شيئا مذكورا وقد سبق الفقه القانون بقرون عدة تطبيق احكام النظرية كحلول عملية لمسائل مختلفة وان سميت باسماء متنوعة تارة (الفسخ بالاعذار) وطورا (وضع الجوائح في بيـــع الثمار) واخرى (تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود) فانها تضاهي ماوصلت اليه احدث القوانين من تطور في معالجة الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام . واصولها في الفقه الاسلامي ما أشارت اليـــه النصوص المجملة في القرآن الكريم وفي السنة النبوية وما استنبط منهمـا من قواعد فقهية .

فقد دلت الآيات الكريمة على ما يلي :ـ

١ ـ عدم تكليف النفس ما جاوز الوسع والطاقة ، فلا يكلف اللـــه سبحانه وتعالى احدا على ما لا يقدر عليـه لان ذلك يؤدي الى ارهاق النفس فجاء في سورة البقرة (لا يكلف الله نفســا الا وسعها ...)[١]

وهذا اصل عظيم في الدين ، وركن من أركان شريعـة المسلمين سواء تعلق التكليف في العبادات أو في المعاملات فالشـــرع الاسلامي الحنيف لا يرضى بالضيق والعنت ولا بالعسر والارهاق فهو يوسع حيث يوجد الضيق وييسر حيث يوجد العسر ويخفف حيث يوجد الارهاق . فيستشف من هذه الآية الكريمة ملاحظة

---

١ ـ سورة البقرة آية ٢٨٦ ـ تفسير القرطبي جـ ٣ ص ٤٢٧ تفسير ابن عربي وتفسير الجصاص الطبري .

الظرف الطارىء لان الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه مع حدوث الظرف الطارىء يسبب له الارهاق فنهى الشارع عنه •

٢ ـ الدعوة الى رفع الحرج ، ففي سورة الحج (وما جعل عليكم في الدين من حرج)[٢] وفي سورة البقرة (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) •

ويستشف من ذلك ان اتجاه الشرع الاسلامي رفع الضيق والضرر وازالة العسر ويحتج بهاتين الآيتين في كل ما اختلف من الحوادث ان أدى الى الضيق فهو منفى وما أوجب التوسعة فهو أولى ، وحيث ان الزام المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء فيه ضيق له وعسر وارهاق فدعى الشارع الى رفع ذلك وازالته[٣] •

٣ ـ رخص الشارع باباحة المحرم للضرورة ـ ففي سورة الانعام :ـ (وما لكم الا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ماحرم عليكم الا ما اضطررتم اليه)[٤] •

ففي سورة البقرة : (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه)[٥] •

ان الاسلام يحسب حساب الضرورات فيبيح فيها المحظورات بقدر ما تنتفي هذه الضرورات بغير تجاوز لها ولا تعد لحدودها وفي ذلك قال الله سبحانه وتعالى (غير باغ ولا عاد) فاتجاه الشرع

---

٢ ـ سورة الحج آية ٧٨ ـ ابن عربي جـ ٣ ص ٢٩٣ ، احكام القرآن لابن بكر الجصاص ، تفسير القرطبي ص ١٠٠ .

٣ ـ وقد جاء في قواعد مجلة الاحكام (اذا ضاق الامر اتسع) .

٤ ـ تفسير القرطبي جـ ٧ ص ٧٣ ، تفسير البيضاوي جـ ١ ص ٢٧٦

٥ ـ سورة البقرة آية ١٧٣ ـ تفسير الجلالين ، تفسير في ظلال القرآن جـ ١ ص ٢٥

الاسلامي ملاحظة الظرف الطارىء الذي يجعل تنفيذ الزام المدين مرهقا فحث على ايجاد مخرج له أو تخفيف العبء الملقى على عاتقه نتيجة الظرف الطارىء الذي لم يكن المتعاقد يتوقعه عند ابرام العقد ولم يمكنه التحرز منه لذلك اباح الشارع له عدم تنفيذ التزامه في هذه الحالة للضرورة •

ودلت الاحاديث النبوية على ما يلي :ـ

١ ـ حديث لا ضرر ولا ضرار[٦] ـ أخرجه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرك والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس هذا الحديث واضح الدلالة في أن الضرر مرفوع والزام المدين بتنفيذ الالتزام بالرغم من حدوث الظرف الطارىء ضرر واقع عليه قطعا يستحق النظر في رفعه أو تخفيفه على الاقل •

٢ ـ حديث يرويه جابر ابن عبدالله في البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (اذ بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق)[٧]•

٣ ـ حديث يرويه انس ابن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :ـ
(أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ احدكم مال أخيه لا ينبغي أن يأخذ أحدكم مال أخيه باطلا) •
فاذا تلفت الثمرة بسبب آفة سماوية فعندئذ لا يبقى للمشتري في

---

٦ ـ كتاب ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني ص ٤٣٨ ـ ٤٣٩

٧ ـ شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك .

مقابل ما دفعه شيء فهذان الحديثان أوضح في دلالتهما من الحديث السابق من ان الظروف الطارئة التي كانت بسبب آفة سماوية خارجة عن ارادة المدين وبدون خطأ منه تقتضي الترفق به ورفع الضرر عنه وذلك بالحط من الثمن بقدر التلف الذي سببته الجائحة .

القواعد الفقهية المستنبطة

ان القواعد الفقهية المستنبطة من الآيات والاحاديث ومايتطلبه ايجاد الحلول للمسائل التي تعرض على الفقهاء في الازمنة المختلفة والتي يمكن استخراج الاحكام الجزئية التي تتعلق بنظرية الظروف الطارئة هي :ـ

١ ـ قاعدة (الضرر يزال)[٨]

هذه القاعدة مستنبطة من الحديث « لا ضرر ولا ضرار » .

واختلف في الفرق بين الضرر والضرار فقيل الضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين وقيل الضرر أن يضره من غير أن ينتفع به والضرار أن يضره ابتداء ، وقيل هما بمعنى واحد وفسر الحديث في المغرب بانه لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء .

وان هذه القاعدة ينبني عليها كثير من أبواب الفقه مثل الرد بالعيب وجميع انواع الخيارات والحجر والشفعة والفسخ بالعيوب ونظرة الميسرة في حالة الاعسار . وفي القرآن الكريم (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) كذلك في حكم الطوارىء التي أدت الى ارهاق

---

٨ ـ كتاب الاشباه والنظائر للسيوطي علق على حواشيها الشيخ علي المالكي المدرس بالحرم المكي ص ٦ وص ٧٥ـ٧٩ .

المدين وسببت له ضررا لعجزه عن المضي في موجب العقد فأجيز الفسخ بالعذر ، والحط من الثمن على قدر التلف الذي سببته الجائحة لغرض (وضع الجوائح) .

وتتعلق بهذه القاعدة عدة قواعد منها :ـ

أ ـ الضرورات تبيح المحظورات

وفي أحكام الطوارىء ـ الضرورة في ازالة الضرر عن المدين ، أباحت المحظور وهو عدم تنفيذ الالتزام بسبب حدوث الظرف الطارىء غير المستحق عند ابرام العقد .

ب ـ درء المفاسد اولى من جلب المصالح

فاذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا لان اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم واذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) وفي أحكام الطوارىء تعارضت مصلحة الدائن في الزام المدين بتنفيذ التزامه مع مفسدة الضرر الذي يصيب المدين اذا ما نفذ التزامه مع حدوث الظرف الطارىء لذا دفع الضرر بالفسخ للعذر في عقد الايجار مثلا أو بالحط من الثمن بقدر التلف الذي سببته الجائحة في بيع الثمار والبقول .

كذلك الحال (في الرخصة) التي تنقل الحكم من مرتبة اللزوم الى مرتبة الاباحة وقد تنقلها الى مرتبة الوجوب ، وبذلك يسقط الحكم الاصلي تماما[9] .

وأسباب الرخصة كثيرة منها الضرورة وذلك لمن يكون في حالة

---

٩ ـ اصول الفقه للشيخ محمد ابو زهرة ص ٤٩ .

مخمصة ويخشى على نفسه من الموت ولايجد مايأكله الا الميتة فانه يجب عليه أن يأكلها ومنها رفع الحرج والضيق كرخصة الافطار في رمضان للمريض والمسافر ، وكازالة الضرر والارهاق عن المدين الذي صار تنفيذ التزامه مرهقا بسبب الظرف الطارىء •

جـ ـ قاعدة الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

ففي حالة الطوارىء او نظرية الظروف الطارئة ـ ان حدوث الظرف الطارىء يترتب عليه ـ ان يتمسك الدائن بالقوة الملزمة للعقد ويطالب المدين بتنفيذ التزامه متجاهلا اثر الظرف الطارىء وان في عدم تنفيذ الالتزام من المدين ضررا للدائن •

كذلك يتمسك المدين بالظرف الطارىء ويطالب بازالة الضرر عنه بسبب الارهاق الذي أصابه من جراء حدوث الظرف الطارىء الذي لم يستحقه في العقد وفي الزامه بتنفيذ التزامه (ضرر للمدين) •

وان الضرر الذي يصيب المدين في هذه الحالة هو أشد من الضرر الذي يصيب الدائن عليه اقتضى ازالة الضرر الاشد بالضرر الاخف حيث يختار اهون الضررين وسنرى في الباب الثاني الآراء الفقهية المختلفة لتطبيقات النظرية في الفقه الاسلامي •

الباب الاول ـ دراسة النظرية فقها وتشريعا

الفصل الاول ـ دراسة فقهية للنظرية

البحث الاول ـ مجال تطبيق النظرية في مختلف العقود :ـ

تطبق نظرية الظروف الطارئة في العقود التي يتراخى تنفيذ العقد فيها ، أي التي يفصل بين ابرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث طارىء غير متوقع يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر مثل عقد الايجار وعقد المزارعة وكذلك ذات التنفيذ الدوري مثل عقد التوريد كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على اجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين مثل عقد البيع المؤجل التنفيذ مثل بيع الثمار التي تبقى على رؤوس الشجر ليستوفي الثمر طيبه (في الفقه الاسلامي) ومع ذلك ، ذهبت الآراء مذهبين في مجال تطبيق النظرية في القوانين المختلفة :ـ

١ ـ المذهب الاول (المذهب الضيق)

يشترط هذا المذهب لتطبيق هذه النظرية ان يكون العقد (عقد مدة) أي عقدا زمنيا ، لما ان هذا ينطوي على صفتين تعتبران من

مستلزماته :ــ

الاولى ــ صفة التعاقب، ومعناها ان هذا العقد يتضمن جملة اداءات يعتبر كل منها محلا لعقد مستقل ، وبذلك يكون ثمة عقود بقدر عدد الاداءات .

الثانية ــ صفةالتقابل ــ ومعناها ان ثمة توازنا بين الاداءات المختلفة ففي عقد الايجار مثلا توفى الاجرة من المستأجر مقابل ما يستوفيه من الانتفاع بالمأجور شهريا او سنويا على سبيل المثال ولما كان هذا العقد يتكون في هذا المذهب من جملة عقود متتالية ، لايكفي ان يوجد هذا التقابل عند بدء التعاقد ، بل يجب أن يوجد طول المدة المتفق عليها . وعلى هذا الاساس ذهب أنصار هذا الرأي الى ان كل عقد مدة انما ينطوي على شرط ضمني مؤداه الا تتغير طوال مدة العقد ، الظروف التي كانت موجودة عند ابرامه أي يظل التقابل الذي كان قائما وقت العقد موجودا في كل فترات وجود هذا العقد ، فاذا طرأت ظروف من شأنها زوال هذا التوازن وجب أن يزول العقد . أما العقد الفوري فيرى أنصار هذا الرأي انه لا يصح أن تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة حتى ولو كان تنفيذه مؤجلا الى المستقبل ، أو كان تنفيذه مجزأ على عدة سنوات ذلك لان تنفيذ هذا العقد في كلتا الحالتين يعتبر كلا لا يتجزأ .

٢ ــ المذهب الثاني (المذهب الواسع)

يذهب أنصار هذا المذهب الى ان نظرية الظروف الطارئة ، نظرية قائمة بذاتها مستقلة عن مسألة عقود المدة وانه لا يشترط لتطبيقها الا شرط واحد هو أن يكون وقت تنفيذ العقد بعد انعقاد العقد بفترة من

الزمن فكما يمكن أن تنطبق هذه النظرية على عقود المدة لانهـا اولى العقود التي لا يتعاصر فيها وقت التنفيذ ووقت الانعقاد فكذلك يمكن ان تنطبق على العقود الفورية التي يرجأ تنفيذهـا الى المستقبل ويؤيد هذا المذهب ان كل القوانين التي عملت أثناء الحرب العالمية الاولى أمثال القانون البلجيكي الصادر في ١١ تشرين الثاني سنة ١٩٢٩ . والقانون الفرنسي الصادر في ٢١ كانون الثاني سنة ١٩١٨ كانت تنطبق على عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ على حـد سواء . ويجمع بين هذين النوعين من العقود انفصال وقت الانعقاد عن وقت التنفيذ وكذلك اتجه نفس الاتجاه القانون المدني الايطالي الحديث فلم يشترط لتطبيقها عقود مدة ، بل طبقهـا على عقود المدة وعلى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ .

العقود الفورية وعقود المدة والتفريق بينهما [1]

١ ـ العقود الفورية :ـ

وهي العقود التي يقصد بها اشباع حاجات بصورة فوريـة تستنفد كل آثارها مرة واحدة فهي تقـوم على استبعاد الزمن ، ولكن يجب أن لا يفهم من ذلك ان الزمن لا يمكن أن يتسرب الى هـذه العقود ، اذ الواقع يمكن أن يتدخل فيها باتفاق صريح مثـلا ان يتفق على تأجيل التنفيذ وذلك بتأجيل دفع الثمن في عقد البيـع ولكن عمله يكون عندئذ عرضيا ، فهو غير ذي اثر على فحوى العقد فلا يراد بـه الا نقل التنفيذ من وقت انعقاد العقد الى وقت لاحق ، فهو يباعـد

١ ـ كتاب عقد المدة تأليف الدكتور عبدالحي حجازي (رسالة دكتوراه) ص ١٦ـ٢٦ .

ما بين وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه .

لما كان وقت انعقاد العقد ووقت تنفيذه مختلفين لزم أن يمتد العقد ولكن هذه المدة لا يقابلها تنفيذ ممتد . فالتنفيذ لا يزال فوريا ولكنه مؤجل فعندما يحل الاجل الواقف يحصل التنفيذ فهنا وظيفة الزمن تعين تاريخ تنفيذ العقد فقط .

٢ ـ عقود المدة [٢]

هي العقود التي يكون فيها الزمن عنصرا جوهريا والمدة مقصودة بذاتها ولذاتها . فهي ليست مجرد أجل اختياري مفرد أو متعدد كما في البيع المؤجل فيه دفع الثمن أو البيع بالتقسيط فالزمن في عقود المدة هو جزء من الاداء نفسه ويمكن أن يقال دون أن يختلف المعنى سنة من الانتفاع أو الانتفاع لمدة سنة فالمدة هنا جزء من مضمون الاداء . والاداءات التي من هذا النوع لا تكون الا مستمرة ، فيجب أن تؤدي في كل لحظة طوال المدة المتفق عليها دون انقطاع ، واذا كانت الاداءات كذلك كانت العقود المنشئة لها هي الاخرى مستمرة .

أما الالتزامات الناشئة من هذه العقود فأسبابها ومحالها مشربة بالمدة ومن ثم كانت المدة عنصرا (سببيا) و(موضوعيا) أي من حيث سبب الالتزام وموضوعه ـ محله وعلى هذا لا يجوز للدائن ولا للمدين أن يطالبا بتعجيل التنفيذ أو تأجيله دون أن يترتب على ذلك ان بتغير محل وسبب الالتزام الاصلي نقصا أو زيادة . فمثلا عقد الايجار لا يمكن أن يقوم بوظيفته الاقتصادية الا اذا امتد التنفيذ في الزمان . فتأجير منزل لمدة سنة معناه تقديم منافع هذا المنزل في كل لحظة ابتداء من أول لحظة الى آخر لحظة في تلك السنة . ومن ثم لا يمكن اجمال

---

٢ ـ عقد المدة : تأليف الدكتور عبدالحي حجازي ص ٣٢ .

منفعة تلك السنة في ستة أشهر ولا مدها الى ما وراء الاثنى عشر شهرا دون أن يصبح الالتزام في الاولى والثانية شيئا آخر غير الالتزام الاصلي •

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فالانتفاع من عقد الايجار يتناسب تناسبا طرديا مع المدة يزيد بزيادتها وينقص بنقصها • ولما كان هذا الالتزام في عقد الايجار مرتبطا بالمدة غاية الارتباط كان له بنفس خصائص المدة ، ولما كان الزمن يسير سيرا متصلا ويجب أن يصاحبه الاداء خطوة بخطوة ، فاذا توقف الاداء ولو لفترة قصيرة فان الزمن يفترق عن الاداء في حدود هذه الفترة ويتابع سيره وحده تاركا وراءه عدم تنفيذ نهائي ، بقدر توقف الاداء •

ويقابل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع تمكينا متصلا ، التزام المستأجر بأن يدفع في المواعيد المحددة ثمن هذا الانتفاع[٣] •

اقسام عقود المدة

تقسم الى قسمين :-

١ - عقود زمنية مستمرة - والزمن يكون جزء من الاداء نفسه مثل عقد ايجار الدور وعقد ايجار الخدمات (مثل الاجير الخاص والاجير المشترك وعقد الامتياز (امتياز المرافق العامة) وعقد الوكالة التجارية والاداءات فيها تمتد بطبيعتها في الزمن ، والانتفاع بالشيء لا يقاس الا بالمدة •

---

٣ - عقد الوكالة التجارية : عقد يتعهد شخص بمقتضاه ان يعمل على ابرام عقود لمصلحة شخص آخر في حدود منطقة معينة مقابل اجر يتقاضاه .

٣ ــ عقود زمنية دورية ــ قد يتفق المتعاقدان على تكرار الاداء مدة من الزمن بقصد اشباع حاجة تتكرر على مر الايام (وان هذه الاداءات يمكن تنفيذها فورا) مثلا الاتفاق على توريد جريدة يومية ولمدة سنة ، فالزمن لا يستخدم هنا لقياس (كم الاداء) أي مقداره وانما لاظهار الحاجة المراد اشباعها أي لبيان عـدد مرات تكرار الاداء المعد لاشباع هذه الحاجة فتقـدم الجريدة يوميا للاطلاع على أخبار ذلك والمواضـيع الاخرى التي تحرر في الجريدة .

وان المدة في هذا المثل ليست مجرد أجـل تعجيلي أو تأجيلي انما هي تقوم بدور أصيل ، اذ ان ظهور الحاجة المراد اشباعهـا مرهون بالزمن . فالامر يتعلق بحاجة تظهر دوريا . ولمـا كان تكرار الاداء المعد لاشباع هذه الحاجة منوطـا بالزمن ، كانت المدة عنصرا أصيلا من عناصر ظهور الحاجة وتكرار الاداء المعد لاشـباعها .

فعقد التوريد هو عقد مدة اسوة بالعقد المسـتمر ذي الاداءات الممتدة في الزمان لان مرور الزمن يعتبر شرطـا أساسيا لتكرار الاداء ، غاية الامر ان الاداءات في عقد الايجار مثـلا تتكرر تكرارا سريعا لا يتخلله اي فاصل زمني وان قل .

أما في عقد التوريد فتكرر الاداءات تكرارا يتخلله فواصـل زمنية ، تطول أو تقصر بحسب مواعيد ظهور الحاجة ومواعيـد اشباعهـا .

مايترتب على هذا التقسيم من بعض الاحكام

يترتب على تقسيم العقود الى عقود فورية وعقود زمنية احكـام

مختلفة تبعا لاختلاف المواضيع مثل انطباق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ على العقود الفورية أكثر سعة من انطباقها على عقـــود المدة ، واثر الوقف القهري على هذه العقود واثر القوة القـاهرة عليها وغير ذلك من الاحكام وما يتعلق بالنظرية موضوع البحث فان عقـود المدة هي المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة اذ بقدر ما تمتد يكون تغير الظروف محتملا ، اما في العقود الفورية فلا تنطبق عليها هــذه النظرية الا اذا كان التنفيذ فيها مؤجلا .

البحـث الثـــاني

نظرية الظروف الطارئة استثناء من القوة الملزمة للعقد

تقضي القوة الملزمة للعقد بانه اذا نشأ العقد صحيحا نافــــذا فالواجب تنفيذه من قبل كلا المتعاقدين بجميع ما اشتمل عليه وطالمـا ابرم العقد بارادتين فلا يجوز تعديله او نقضه من قبل أحد طرفي العقد بارادة واحدة الا اذا قرر القانون استثناء بعض العقود من هذا الاصل واجاز فيها لكلا لمتعاقدين أن يستقل أي منهما بالغائه مثل الوديعـــة والوكالة .

كذلك لا يجوز للقاضى أن يعدل عقدا صحيحا أو ينقضه بحجـة تطبيق مبادىء العدالة فالعدالة تكمل ارادة المتعاقدين ولا تفســـخها ولكن بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فتح القاضى ثغرة ينفذ منها الى العقد فينال من قوته الملزمة لذلك فهي استثناء من الاصل (القـــوة الملزمة للعقد) وما يقابل ذلك في الفقه الاســــلامي (اصالة اللزوم للعقد) وهذا الاستثناء اقتضاه التشريع لاعادة التــوازن الاقتصادي بين طرفي العقد او لتخفيف الارهاق الذي يصيب المـــدين من جراء

الحادث الطارىء الذي لم يكن يتوقعه المدين عند ابرام العقد والذي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا .

لما كانت نظرية الظروف الطارئة تتعلق بآثار هـذه الظروف على تنفيذ الالتزامات المترتبة على المتعاقدين وان مجال عملها في عقود المدة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ فسنبحث الالتزامات في عقد البيع كمثل بارز للعقود الفورية المؤجلة التنفيذ ثم الالتزام في عقد الايجار كمثل واضح لعقد المدة لنرى ما هي آثار الظروف الطارئة على هذه الالتزامات .

١ ـ حكم عقد البيع والتزامات البائع والمشتري[١]

(أ) حكم عقد البيع

في الفقه الحنفي ـ ينعقد البيـع بمجرد اقتران الايجـاب والقبول[٢]

وينتقل ملك المبيع الى المشتري كنتيجة مباشرة للعقد وقد عبر الفقهاء عن هذا المعنى بالتعابير : (البيع موجب للملك بنفسـه)[٣]، (فالمشتري يملك بنفس العقد)[٤] العقد ملكا يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال[٥] (واما حكمه فثبوت الملك في المبيـع للمشتري)[٦] ففي الفقه الاسلامي تنتقل ملكية المبيع للمشتري بحكم عقد البيع وبمجرد انعقاده أما في الفقه الغربي فالعقد ينشىء التزامـا

---

١ ـ نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي تأليف محمد زكي عبد البر ص ٧٥ـ٧٦ (بتصرف) .

٢ ـ البداية وشرحها الهداية للمريغناني جـ ٤ ص ٧٤ ، العناية للبابرتي جـ ٥ ص ٧٣

٣ ، ٤ ـ المبسوط للسرخسي جـ ١٣ ص ٢٣ ، ص ١٩٩

٥ ـ شرح القدوري جـ ٢ ص ١٦٧

٦ ـ الكاساني ، بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٢٨ ، الفتاوى الهنديـة جـ ٣ ص ٣

بنقل الملكية ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوءه ، فانتقـال الملك يكون تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد .

فقد عرف (بوتيه) البيع انه (عقد بموجبه يلتزم البائـع نحو المشتري ان ينقل اليه شيئا يحوزه كمالك لقاء ثمن هو مبلغ من النقود ويلتزم المشتري ان يدفع الثمن) .

(ب) التزام البائع

يلتزم البائع في الفقه الاسلامي بتسليم المبيع الى المشتري كما في البدائع والقدوري (التسليم واجب بعقد البيع)[7] .

ويكون التسليم بالتخلية ، بان يخلي البائع بين المشتري والمبيع بحيث يستطيع المشتري ان يأخذه ويتصرف فيه أو هو تمكين المشتري من قبضه حقيقة وتمكن المشتري منه[8] كما عرف السرخسي (التخلية تمكين من القبض والتمكين لا يتحقق بدون التمكن) .

ويتم تمكين البائع المشري من القبض بزوال يد البائع حكما عن المبيع كما جاء في كتب الفقه (التخلية من البائـع قد صحت لان صحتها بازالة البائع يده ، وان قيام يد البائع تمنع صحة التسليم)[9] وبتفرع على ذلك اشتراط أن يكون المبيع غير مشغول بحق البائع أو غيره فلا تصح التخلية بين المشتري وبين الدار المبيعة اذا كان فيهـا متاع للبائع[10] او كانت مؤجرة[11] ولا يكفي لزوال يد البائع مجرد

---

٧ ــ بدائع الصنائع للكاساني جـ ٥ ص ٢٤٣ ، القدوري ٦٥ــ٢
٨ ــ السرخسي شرح السير الكبير جـ ٢ ص ٣٠٧
٩ ــ برهان الدين ٦٤٥ــ١ ، ٦٤٦ــ٢ الفتاوي جـ ٢ ص ٢١٩ .
١٠ــ برهان الدين ١٤٥ــ١ ، ٦٤٦ــ٢ الفتاوي جـ ٢ ص ٢١٩
١١ــ برهان الدين ٦٥٦ــ١ ، الكاساني جـ ٥ ص ٢١٦

اتفاقه مع المشتري على بقاء المبيع في يد البائع على سبيل الوديعة او الاشارة أو الاجارة أو الرهن[١٢] .

وقد جاء في القانون المدني العراقي[١٣] (تسليم المبيع يحصل بالتخلية بينه وبين المشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل) .

والحائل مثلا اذا كانت العين المبيعة تحت يد شخص يدعى عليها حقا ويمانع في تسليمها أو استمر البائع في زراعة الارض مثلا أو سكن العين . وتمكين المشتري من المبيع يتم بأن يكون المبيع قريبا منه بحيث يتمكن من قبضه حقيقة فقد جاء في كتب الفقه (ولو كان البائع وضع الثوب بعيدا عن المشتري وناداه . أن قد اخليت بينك وبينه فاقبضه لم يصر قابضا له حتى يقرب منه فيصير بحيث تصل يده اليه) .

(ومن اشترى فصا في خاتم وخلى البائع بينه وبين الخاتم ولكنه لا يستطيع نزع الفص من غير ضرر فلا يصح التسليم .

ولا يكفي أن يكون المبيع وقت الشراء موجودا في يد المشتري اذا كانت يده على سبيل الامانة مثلا على سبيل الوديعة أو العارية ، فقد جاء في كتب الفقه (لو كانت العين وديعة في يد المشتري أو عارية فاشتراها لا يصير قابضا بنفس الشراء) .

(ان كانت يد المشتري يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضا) أما اذا كانت يد المشتري على المبيع يد ضمان فيعتبر قابضا

١٢ــ الفتاوي الهندية جـ٣ ص ٢٠ .
١٣ــ القانون المدني العراقي ،

كما في البدائع (فان كانت يده على المبيع يد ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشتري قابضا للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضرا أو غائبا ـ لان يد الغاصب في الحالين يد ضمان) .

واذا كان المبيع مفرزا أصبحت نيابة البائع عن المشتري اما اذا كان غير مفرز فلا تصح النيابة (لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لا يصح أن يكون نائبا عن صاحب الدين في قبض الدين من نفسه)[١٤] ولكن اذا وكل المشتري غير البائع صح التسليم (لانه يصلح نائبا عن رب التسليم في قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا حقه بيد نفسه) .

والتسليم الفعلي يختلف باختلاف طبيعة المبيع فالمنقولات يتم سلمها بتناول ذواتها في اليد[١٥] وفي الدواب بركوبها[١٦] ، وفي الدور بتناول مفاتيحها وفي العبيد بامتثال أوامر المشتري .

جـ ـ التزامات المشتري

يلتزم المشتري بدفع الثمن الى البائع في مقابل ذلك .

في البدائع (تسليم البدلين واجب على العاقدين ، فكان ايجاب الملك في البدلين شرعا ، ايجابا لتسليمهما ضرورة) .

اثر حدوث الظرف الطارىء على الالتزامات في البيع .

مثلا في بيع الثمار قبل القطف :ـ

ان المذهب الحنبلي يأخذ بوضع الجوائح فيقر (انقاص الثمن للجائحة بسبب التلف الذي سببته) كذلك المذهب المالكي .

---

١٤ ـ بدائع الصنائع للكاساني جـ ٥ ص ٢٤٣

١٥ ـ التحفة للسمرقندي ١٧٤ـ٢

١٦ـ السرخسي جـ ١٥ ص ١٤٣

ويعلل ذلك (ان بيع الثمار قائمة على الاشجار وان خلى البائع بينهما وبين المشتري فلا تكون التخلية قبضا كاملا ، فحكم التلف في الثمار بسبب الجائحة هو قبل القبض فيكون على البائع) •

أما في المذهب الشافعي فيميز بين فرضين :ـ

١ ـ اذا اتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى يوم قطفه ، فلا يعتبر انه قد تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا للقاعدة العامة من الهلاك على البائع قبل التسليم وهذه القاعدة تطبق في القوانين أيضا •

٢ ـ أن يخلى البائع الثمار للمشتري من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعدة العامة من الهلاك على المشتري بعد التسليم وهذه القاعدة تطبق في القانون أيضا •

الالتزامات المقابلة في عقد الايجار

١ ـ التزامات المؤجر[١٧] :ـ يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المستأجرة ويتفرع على التزام المؤجر ما يلي :ـ

أ ـ الالتزام بالتسليم ـ والمقصود به التخلية كما في البيع وتتم برفع الموانع بين المستأجر وبين العين المستأجرة على الوجه الذي يتمكن به من الانتفاع بها فقد جاء في كتب الفقه ـ (يجب على الآجر تسليم المستأجر بالتمكين من الاستيفاء وتسليم المستأجر اليه)[١٨] (على رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع)[١٩]

---

١٧ ـ التجريد للكرماني ١٥٩ـ١ ، ونظرية تحمل التبعة (نفس المصدر) ص ١٠١ـ١١٤ (بتصرف)

١٨ ـ السرخسي جـ ١٥ ص ١٧٦ ، الكاساني جـ ٤ ص ٢٠٧ المبسوط (الاصل) محمد ٢٩ـ١

١٩ ـ التحفة للسمرقندي ١٧٥ـ١

(يجب تسليم ما وقع عليه العقد)[20] .
(فمن أجر دابة أو ثوبا أو حلبا ، فعليه تسليمها الى المستأجر)[21]
ويشترط أن تسلم العين المستأجرة سليمة من العيب وخالية من الموانع التي تمنع الانتفاع) .
وفي كتب الفقه ـ (ويجب على المؤجر تسليم المستأجر سليما من العيب الذي يضر الانتفاع خاليا من الموانع التي تمنع الانتفاع) .

ب ـ الالتزام باعداد العين للانتفاع :ـ

يجب على المؤجر ان يحدث في العين ما يلزم ليتم تمكنه من الانتفاع كما في كتب الفقه (على رب الدار تمكين المستأجر من الانتفاع فهو الذي يحدث ما به ليتم تمكنه من الانتفاع) .
(تطيين الدار واصلاح ميازيبها وماؤها على رب الدار دون المستأجر حتى تكون صالحة للانتفاع) .
(عمارة الدار على رب الدار واتخاذ القدر على صاحب الحمام) .
جـ ـ صيانة العين المستأجرة :ـ
نص الفقهاء على انه على المؤجر عمارة الدار وتطينها وكذا عمارة الحمام في صاروجه وحوضه ومسيل مائه ومرمته ، واصلاح بئر الماء والبالوعة وبئر المخرج على رب الدار[22] . وعليه أيضا كنس البئر مخافة المطر[23] .

---

٢٠ ـ السرخسي جـ ١٥ ص ١٤٣
٢١ ـ التحفة للسمرقندي ١٧٥ـ٢
٢٢ ـ السرخسي جـ ١٥ ص ١٤٤
٢٣ ـ محمد (الاصل) ١٨ـ٢

ولكن الصيانة لا يجبر المؤجر عليها والمستأجر ان شاء خرج وان شاء عمله على حسابه هو كما جاء بكتب الفقه (لا يجبر رب الدار على ذلك)[٢٤] .

(وان شاء المستأجر ان يصلح ذلك فعل ، ولا يحتسب له من الاجر ، وان شاء خرج اذا ابى رب الدار أن يفعله) .

والالتزامات في الاجارة دائمة وذلك راجع الى ان عقد الايجار عقد متجدد كما جاء في كتب الفقه (الاجارة بحكم عقود متفرقة)[٢٥] .

(العقد ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع)[٢٦] .

٢ ـ التزامات المستأجر ـ عليه دفع الاجرة مقابل التمكين بالانتفاع[٢٧] .

أثر نظرية الظروف الطارئة على الالتزامات في عقد الايجار

اذا كان الظرف الطارىء يؤدي الى الارهاق في تنفيذ الالتزام من قبل المستأجر يرد الارهاق ويعدل العقد الى الحد المعقول قضاء بناء على طلب المستأجر مثال ذلك ان يصدر أمر نقله الى خارج اللواء فيطلب فسخ الايجار والانقاص من الاجرة على قدر الانتفاع بالمأجور .

وفي الفقه الاسلامي اذا حصل عذر للمؤجر كان يلحقه دين فادح ولا يجد ما يقضيه الا بثمن المأجور عند بيعه او أن يحصل العذر للمستأجر نحو أن يترك البلد أو أن يفلس أو أن يذهب الغرض الذي من أجله ابرم عقد الايجار ، ففي مثل هذه الحالات يجوز للعاقد الذي يصيبه ضرر اذا ما لزم بالتنفيذ ان يطلب فسخ الايجار .

---

٢٤ ـ المبسوط (الاصل) ١٦ـ٢

٢٥ ـ السرخسي جـ ١٦ ص ٥٣

٢٦ ـ التجريد للكرماني ١٥٦ـ٢ الزيلعي جـ ٥ ص ١٤٨

٢٧ ـ المريغناني جـ ٧ ص ١٥٧ ، الكاساني جـ ٤ ص ٢٠٧

البحث الثالث

التكيف الفقهي والقانوني للنظرية

١ ـ تصويرها في الفقه الاسلامي

نبين أولا الحالات التي يزول فيها العقد ثم نرى كيف صور الفقه نظرية الطوارىء هل هي صورة من صور زوال العقد أم هي صورة من صور تعديله ؟

كيف يزول العقد ؟ يزول العقد باحدى الطرق التالية :ـ

أ ـ الابطال ـ يرد الابطال على عقد ولد غير صحيح لتخلف ركن من أركانه أو كان في محله خلل كأن يكون المعقود عليه غير مشروع وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك في الاعيان المالية ولو بالقبض فالعقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا اصلا ولا وصفا •

ب ـ انقضاء العقد ـ ويجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني (عقد المدة) فالعقد الفوري وان كان مؤجل التنفيذ ينقض بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، فالبيع مثلا ينقضي بتسليم العين للمشتري ودفع الثمن من البائع وهذه الالتزامات عندما يحل وقت الوفاء بها تنفذ فورا ، جملة واحدة أو على أقساط •

أما العقد الزمني فانقضاؤه معقود بانقضاء الزمن الذي هو عنصر جوهري فيه فالايجار مثلا ينتهي بانقضاء المدة المحددة له •

جـ ـ انحلال العقد : ينحل العقد قبل انقضائه وأحيانا قبل البدء في تنفيذه مثل (الاقالة) باتفاق المتعاقدين أو بالغائه بارادة منفردة اذا أباح الشرع ذلك في بعض العقود كما في الوكالة اذا عزل الموكل الوكيل وفي الوديعة يجب على المودع له ان يسلم الشيء الى المودع بمجرد طلبه وكذلك ينحل العقد (بالفسخ) •

العقد الصحيح النافذ : اذا انعقد صحيحا بأن توافرت أركانـــــه واستوفت الاركان شرائطها ولم يقترن به شرط يفسخه فقد وجب على الطرفين المتعاقدين تنفيذ ما تعهد به عينا وبهـــذا قضى القرآن الكريم في سورة المائدة :

(يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) •

حالات الفســخ

١ ــ اعطى الشارع لكل من المتعاقدين حق فسخ العقد الفاسد لان رفع الفساد مباح لهما ولا يشترط حكم القضاء لفسخه وللقـــاضى أن نفسخه جبرا على المتعاقدين ولم ير الفقهاء حرجا في اطلاق لفظ الفسخ على ابطال تلك العقود الفاسدة لما وجد أو ان ابطال العقد وفسخه يعني رفعه وزوال آثاره •

٢ ــ سمح للمتعاقدين أن يدرجا في العقد شرطـــا يقضى بأن لأحدهما او لكليهما أن يستعمل حق فسخ العقد وانهائه خـــلال فترة معينـــة •

٣ ــ اذا امتنع احد المتعاقدين عن الوفاء بما التزم به أو أهمل ذلك جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد •

ويعرف الفقهاء المسلمون الفسخ بانه (حل ارتباط العقد) ويعرفه آخرون انه (رفع للعقد من حينه أو من أصله) وقد جاء في كتب الفقه (حكم البيع نوعان ــ نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدين ، وهو كل بيع غير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيـع الصحيح الخالي عن الخيار ، وجاء أيضا (اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد أشياء :ــ

خيار الشرط ، وخيار عدم العقد الى ثلاثة أيام ، وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وخيار الغبن ، وخيار الكمية ، وخيار كشف الحال ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وخيار هلاك بعض المبيع قبل القبض ، وبالاقالة ، والتحالف ، وهلاك المبيع قبل القبض ، وخيار التغرير الفعلي كالتصربة على احدى الروايتين ، وخيار الخيانة في المرابحة والتولية ، وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا فهذه ثمانية عشر سببا)[1] .

تصوير النظرية فقهيا

اذا استعرضنا الحالات التي ذكرناها في كيفية زوال العقد فليست النظرية صورة من صور أبطال العقد لانها ترد على عقد ولد صحيحا مشروعا وليست حالة من انقضاء العقد لان الظرف الطارىء جعل تنفيذ الالتزام مرهقا والعقد لا يزال قائما وهي ليست صورة من صور انفسخ الا في بعض حالاتها مع التفصيل التالي :ـ

الفسخ ضمان للدائن ضد سوء نية المدين فهو شبه جزاء فمحله (حالة عدم الوفاء التقصيري) لا (عدم الوفاء لقوة قاهرة أو حادث فجائي طارىء) والفسخ أما أن يكون رضائيا أو يتطلب حكم القضاء ويختلف الفسخ عن الانفساخ الذي لا يحتاج الى التقاضى بل ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم الشرع ففي نظرية الظروف الطارئة :ـ

١ ـ اذا أصاب الثمر ، الذي ابقى على رأس الشجر حتى يستوفي طيبه جائحة وسببت تلف جزء منه بمقدار الثلث أو أكثر حط من الثمن

---

١ ـ الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥ .

بمقدار الخسارة بسبب التلف هذا في المذهب المالكي أما في ظاهر المذهب الحنبلي فلا يشترط الثلث في الجائحة ولا يغتفر الا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط .

فتطبيق النظرية في هذه الحالة يكون بتعديل الثمن المتفق عليه عند ابرام العقد والحط منه بمقدار التلف الذي سببته الجائحة فهي صورة من صور تعديل العقد .

٢ ـ وتفسخ الاجارة بالعذر اذا تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر يلحقه وهو لم يرض به فان كان العذر ظاهرا فلا حاجة الى حكم القضاء في الفسخ وان كان العذر خفيا كالدين اشترط حكم القضاء ففي هذه الحالات يكون تطبيق نظرية الظروف الطارئة صورة من صور الفسخ .

٣ ـ اذا كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد شرعا بأن كان المضي فيه حراما كالاجارة على قلع الضرس ثم سكنت وعلى قطع اليد المتآكلة ثم شفيت فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها فهذه حالة انفساخ للعقد وليس فسخا له .

التكييف القانوني للنظرية

يختلف التكييف القانوني للنظرية باختلاف الجزاء وتوزيع التبعة بين المتعاقدين في حالة حدوث ظروف طارئة حسب التفصيل ادناه :

١ ـ في القضاء الاداري .

الجزاء الذي تقضي به نظرية الظروف الطارئة هو :ـ

(اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد ارهاقا وأكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان جاز للمتعاقد مع الادارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل جزء من الاعباء الجديدة وذلك بتعويضه

جزئيا وموقتا مقابل الخسارة التي لحقت به) •

ففي هذه الحالة يكون التكييف القانوني هو التعويض وتوزيع التبعة بين الادارة والمتعاقد •

٢ ــ في القانون الخاص

أ ــ في القانون المدني المصري ــ نص في الفقرة ٢ من المادة (٤٧ على الجزاء في تطبيق النظرية بقوله (•• جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) •

فيكون التكييف القانوني في هذه الحالة (تعديلا للعقد) بواسطة القضاء كذلك في القانون السوري والليبي والعراقي حيث النصوص مطابقة للنص المصري •

ب ــ في القانون البولوني ــ نص في آخر المادة ٢٦٩ من القانون المدني على الجزاء في النظرية يقول (••• جاز للمحكمة ، اذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقا لمبادىء حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وان تقضى بفسخ العقد ، فهنا الجزاء (تعديل العقد أو فسخه اذا اقتضى الامر) •

وجعل لمحكمة الموضوع سلطة تقديرية واسعة تبعا للظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين •

البحث الرابع

الاساس الفقهي للنظرية في الشريعة الاسلامية

١ – في بيع الثمار والبقول – اذا أصابتها جائحة سببت لها التلف . فقد حصل عيب في المبيع قبل القبض التام ، فجاز طلب الفسخ لان ما تلف يجب ألا يقابله شيء من الثمن .

وحيث ان المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فانها في شجرتها كالمنافع قبل استيفائها والاساس الفقهي لتطبيق النظرية هو (حرمة اخذ مال الغير دون وجه حق) لان البائع لا يستحق عوضا مقابل الجزء التالف من الثمرة بسبب حدوث الجائحة .

٢ – في الاجارة – المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فكل منفعة تستمد حكم العقد الجديد ولا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا .

فصار العذر الذي يجيز فسخ طلب الفسخ في الاجارة ، كالعيب قبل القبض في البيع ، حيث عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا نحمل ضرر زائد لم يستحقه في العقد ، أي لم يلتزم به عند ابرام العقد .

فكان الفسخ في الحقيقة ، امتناعا عن التزام الضرر . ورفع الضرر واجب شرعا بدليل الحديث الذي اخرجه مالك في الموطأ والحاكم في المستدرك والبيهقي من حديث ابي سعيد الخدري وأخرجه بن ماجة من حديث بن عباس قوله عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) .

فالاساس الفقهي للنظرية (هو ازالة الضرر الذي لم يستحقه المتعاقد عند ابرام العقد كذلك تقتضى (العدالة) المساواة بين العاقدين

طوال مدة العقد في الايجار كما يقول الكاساني (المساواة في العقود هو مطلوب العاقدين) •

الاساس القانوني للنظرية

١ ــ في القانون الاداري :ــ

ان الاساس الذي بنيت عليه نظرية الطوارىء في العقود الادارية هو (قاعدة استمرار سير المرافق العامة في اداء خدماتها للجمهور سيرا حسنا) حيث انه اذا طبقت القواعد المدنية على اطلاقها على العقود الادارية ، بالرغم من حدوث الظرف الطارىء ، ترتب على ذلك حتما توقف الملتزم في نهاية الامر ، لعجزه عن ادارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة ، ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم اول من يضار لتوقف المرفق عن اداء الخدمات التي عولوا عليها في ترتيب امور حياتهم ، وهذا الضرر أكثر من الضرر الذي يصيب الادارة اذا ما ساهمت بتحمل الاعباء التي سببها حدوث الظرف الطارىء وشاركت المتعاقد مع الادارة بتحملها •

فنظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة •

٢ ــ في القانون الخاص :ــ

هناك عدة آراء حول بيان الاساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة :ــ

أ ــ رأي يقول ان النظرية قائمة على اساس حسن النية في تنفيذ العقود وعلى هذا الاساس لا يجوز للدائن أن يتعسف باستعمال حقه في مطالبته المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء الذي جعل تنفيذ الالتزام مرهقا •

ب ـ رأي مفاده ان النظرية تستند الى نظرية السبب فمتى وصل التزام المدين الى حد الارهاق أصبح لا يستند الى سبب كامل ووجب انقاصه الى الحد المعقول •

جـ ـ رأي يقول ان النظرية تستند الى المبدأ الذي يقضي بان المدين في التزام تعاقدي لا يدفع تعويضا الاعن الضرر المتوقع ولايجوز أن يحاسب عن ظروف طارئة سببت له ضررا جسيما لم يكن متوقعا وقت التعاقد وان القاضي بتعديل العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين بلا سبب •

د ـ ويقول رأي آخر ان النظرية تستند الى مقتضيات العدالة وروح الانصاف • فاذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حسبان المتعاقد وقت التعاقد ، وكان من شأنها ان تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث يختل توازن العقد اختلالا خطيرا ويصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الاحوال فانه يكون من الظلم احترام القوة الملزمة للعقد في مثل هذه الظروف ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وتخفيف العبء الملقى على عاتقه ـ وهذا هو الرأي الارجح في نظري •

البحث الخامس

مقارنة نظرية الظروف الطارئة بالنظريات الاخرى

١ ـ تمييزها عن نظرية الاستغلال والاذعان

الاستغلال ـ امر نفسي مصحوب بعدم التعادل في التزامات الطرفين وهو يفترض في الطرف المغبون توافر عيب يؤثر في سلامة تقديره للامور كطيش أو هوى (فالعبرة بالقيمة الشخصية اذ قد يكون الشيء تافها في ذاته كبيرا في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية وهو لا يفعل ذلك الا اذا كان واهما في القيمة أو مخدوعا فيها أو مضطرا الى التعاقد نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة)[١] .

ويفترض الاستغلال في الطرف الغابن قصد استغلال ذلك العيب الموجود في الطرف المغبون للحصول على مزايا تفوق كثيرا قيمة ما يعطيه للطرف المغبون .

فشروط الاستغلال الذي يشوب الرضا هي :ـ

١ ـ اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالا فادحا أو انعدام المقابل أصلا .

٢ ـ وجود طيش أو هوى أو حاجة أو عدم خبرة أو ضعف ادراك[٢] لدى العاقد المغبون .

٣ ـ قصد المتعاقد الآخر استغلال هذا الطيش أو الهوى .

٤ ـ ابرام العقد نتيجة لهذا الاستغلال .

---

١ ـ الوسيط في شرح القانون المدني للسنهوري ج ١ ص ٣٨٦ ، نظرية العقد للدكتور سليمان مرقص ص ٢٧٣ .

جزاء الاستغلال

يختلف باختلاف القوانين :ـ

مادة ١٣٨ من القانون المدني الالماني ـ بطلان التصرف القانوني •

مادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسري يجوز للمتعاقد المغبون من طريق الاستغلال في غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه •

تقضي المادة (٢٢) من المشروع الفرنسى الايطالي ـ يجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات •

وتقضي المادة (١٢٩) مصري ـ يجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا التعاقد •

الاستغلال في الفقه الاسلامي

يثبت الاستغلال في صورة تغرير البائع للمشتري لعدم خبرته أو في غبائه أو رعونته ـ يقول الحموي[3] (خيار الغبن يثبت في صورة الوكيل والوصى ، وفي صورة تغرير البائع المشتري ، بان كان المشتري غبيا لا يعرف ، فقال البائع اشتره بهذا الثمن فانه يساويه ، فاشتراه مغترا بقوله فله خيار الغبن) •

وفي الفقه الحنفي قد يستغل العاقد المغبون في حاجته الملحة اذا كان مضطرا الى التعاقد وهذا هو بيع المضطر وشراءه •

جاء في كتاب (ابن عابدين)[4] (بيع المضطر وشراؤه فاسد وهو ان يضطر الرجل الى طعام أو شراء أو لباس أو غيرها ، ولا يبيعها البائع

---

٣ ـ غمز عيون البصائر جـ ٢ ص ١٩٥

٤ ـ ابن عابدين جـ ٤ ص ١٤٦ ، انظرمصادر الحق الجزءالثاني ص ١٥١

الا بأكثر من ثمنها بكثير وكذلك في الشراء منه ، اذا لم يرض المشتري الا بشرائه بدون ثمن المثل بغبن فاحش ، والغلط في القيمة صورة من صور الاستغلال والفقه الاسلامي لا يعرض للغلط في القيمة الا عن طريق الغبن ثم هو في أكثر مذاهب لا يعتبر بالغبن ولو كان فاحشا الا اذا صحبه تغرير أو تدليس وهذا هو الظاهر في المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي .

جاء في رسائل ابن عابدين[٥] (واما دعوى البالغين الغبن وفسخهم البيع ففيها أقوال ثلاثة ــ قيل تصح ويفسخ مطلقا وقيل لا مطلقا وقيل بالتفصيل ان غره نعم والا فلا وبه أفتى أكثر العلماء رفقا بالناس) .

وفي الزيلعي (والصحيح ان يفتى بالرد ان غره والا فلا) .

أما اذا كان الغبن الفاحش وحده في مال القاصر أو المحجور أو مال الوقف أو بيت المال جاز الرد به .

وفي المذهب الشافعي جاء في شرح البهجة[٦] (ولا يخيرون بغبن وان فحش كالزجاج حيث ظنها جوهرة حتى بالغ فيها بالثمن لتقصيره حيث لم يبحث) .

وفي مذهب احمد بن حنبل يثبت خيار الغبن في ثلاث صور كلها لا تخلو من التغرير ــ الاولى بيع متلقى الركبان والسلع والثانية (النجش) والثالثة (بيع المسترسل) وهو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة .

أما في مذهب مالك ــ فالغلط في قيمة المبيع يعتد به ، ما دام العاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الغلط وما دام العاقد

---

٥ ــ رسائل بن عابدين جـ ٢ ص ٧

٦ ــ شرح البهجة لزركيا الانصاري جـ ٢ ص ٤٥٥ ، انظر مصادر الحق . الجزء الثاني ص ١٤٥ــ١٤٦

المغبون يقيم دعوى الغبن في مدة عام • ويشترط أن يكون المغبـــون معروفا بعدم الخبرة[٧] •

اوجه الشبه والخلاف بين نظرية الاستغلال ونظريـــة الطـوارىء

١ ـ اوجه الشبه :

أ ـ من حيث اعادة التوازن ـ كلاهما يصلح اختلال التوازن بين المتعاقدين •

ب ـ من حيث الاثر ـ كلاهما يؤدي الى اصابة احدالمتعاقدين بغبن او ارهاق •

جـ ـ من حيث الجزاء ـ يؤثران نفس الاثر في قوة الالزام فقـد يكونان سببا في بطلانه أو انقاصه •

٢ ـ اوجه الخلاف :

أ ـ الغبن يعاصر انعقاد العقد في الاستغلال بينما هو يعاصـــــر تنفيذ العقد في نظرية الظروف الطارئة •

ب ـ في نظرية الاستغلال يعاد التوازن الاقتصادي بالضـرب على يد المتعاقد القوي اثناء تكوين العقد بينما في نظرية الظروف الطارئة يعاد التوازن بطريقة الاخذ بيـــد المتعاقد الضعيف اثناء تنفيذ العقد •

جـ ـ اختلال التوازن في نظرية الطوارىء يرجـع الى حادث لا يد

---

٧ ـ استخلصت من تحفة بن عاصم

فيه لاحد المتعاقدين ومن ثم تتوزع تبعته بينهما أما في نظرية الاستغلال فيرجع الى استغلال المتعـــاقد الضعيف ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن •

د ـ ان نظرية الاستغلال ذات معيار شخصي (استغلال هوى جامح أو طيش بين أما نظرية الحوادث الطارئة فهي ذات معيـــار مادي وهو حادث طارىء عام) •

هـ ـ نظرية الظروف الطارئة مجالها العقود المتراخية التنفيـــذ • بينما نظرية الاستغلال فانها تشمل العقود الملزمة للجانبـين سواء كانت متراخية أم فورية وكذلك عقود التبرع ـ مادة ١٢٥ ـ م ـ ع

تمييز نظرية الطوارىء عن عقود الاذعان

عقد الاذعان[1] :ـ

الاصل في العقود الحرية في اختيار ما يبرمه منها ، ولكن هنـــاك بعض الظروف قد تضطر أشخاصا الى ابرام نوع معين من العقود دون أن يكون لهم اختيار في ابرامها وفي ترتيب آثارها بشـــكل او بآخر ، فيكون القبول مجرد اذعان لما يمليه الموجب فالقابل لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب لا يملك الا أن يأخذ أو أن يدع ولما كان في حاجة ماسة الى التعاقد على شيء لا غناء عنــه فهو مضطر الى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الاذعان • فمن يتعاقد مع شركة المياه او شركـــة

---

١ ـ الوسيط للسنهوري جـ ١ ص ٢٤٤ ، نظرية العقــد سليمان مرقص ص ١٢٤

الكهرباء في جهة ما يكون مضطرا الى التعاقد معها لانه لا يستغني عن خدماتها أو عن استعمال المرفق الذي تحتكره هي ــ فمن الناحية النظرية فقط يملك أن يتعاقد معها أو لا يتعاقد ، ولكنه من الناحية العملية مجبر على التعاقد معها • وهي في هذا التعاقد لا تسمح له بمناقشة شروطه بل تملي عليه هذه الشروط املاء ، ويغلب أن تطبعها في استمارات خاصة وتطلب من المتعاملين معها توقيعها ايذانا بقبولهم التعاقد على اساس هذه الشروط ، فأما ان يذعن الشخص لهذه الشروط صاغرا وأما أن يرفض التعاقد فيحرم نفسه من استعمال مرفق من المرافق الضرورية لذلك سمي القبول في هذه الحالة اذعانا •

والتعامل مع مصالح البريد والتلغراف والتلفون وعقد النقل بوسائله المختلفة حديدية وجوية وبحرية والتعاقد مع شركات التأمين بانواعه المتعددة وعقد العمل في الصناعات الكبرى تدخل في دائرة عقود الاذعان وبتبين مما تقدم ان عقود الاذعان لا تكون الا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :ــ

١ ــ تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين •

٢ ــ احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا ، أو على الاقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق •

٣ ــ صدور الايجاب الى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهي تارة تخفف من مسئولية التعاقد به وأخرى تشدد في مسئولية الطرف الآخر ، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يصعب فهمها على أوساط الناس •

كيف يعاد التوازن الاقتصادي بين المتعـاقدين في هـذه العقود

مادة ١٤٩ من القانون المدني المصري ـ اذا تضمن عقـد الاذعان شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشـروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك موفقا لما تقتضى به العدالة ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية ـ السوري م ١٥٠ (مطابق) ، الليبي م ١٤٩ (مطابق) اللبناني (لا مقابل) ونصت المادة ١٥١ مصري (١ ـ يفسـر الشك في مصلحة المدين ، ٢ ـ ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبـارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن •

ويقابل النص في التقنينات العربية ـ السوري م ١٥٢ (مطـابق) الليبي م ١٥٣ (مطابق) العراقي م ١٦٧ فقرة ٣ (موافق) • ولا مقابل في اللبناني كذلك المادة ١٢٨٨ من التقنين الاسباني والمـادة ٩١٥ من التقنين النمساوي تنص على (ان ابهام العبارة يفسر ضـد من صدرت منـه) •

هل يوجد عقد الاذعان في الفقه الاسـلامي

الشرع الاسلامي يحرم الاحتكار فلا يحـل لاي شخص أن يحتكر سلعة ضرورية فيغلي سعرها ويبيعها للناس حسب مشيئته وكيفمـا يريد وتذعن الناس لارادته وترضخ للسعر الذي يفرضه لحاجتهم الشـديدة الى هذه السلعة • وفي النظم الاقتصادية التي كانت قائمـة وقت تكون الفقه الاسلامي لم يقصر الفقهاء المسلمون في وضع الاسس العامة التي تمنع الاحتكار ، وتضرب على أيدي المحتكرين وترفع الضرر عن الناس

من جراء ما ندعوه الآن في الفقه الغربي بعقـــود الاذعان والتي نشأت حديثا مع نشوء شركات الاحتكار للمرافق العامة وللسـلع الضرورية • وبقضاء الاسلام على الاحتكار لم يسمع ما يوجد ما يســـــمى بعقود الاذعــــــــان •

كره الفقه الاسلامي ــ في مختلف مذاهبه ــ الاحتكار بوجه عــام ثم تعقبه في صورتين من صوره التي كانت مألوفة حينذاك في بيـــــع متلقى السلع وفي بيع الحاضر للبادي •

الاحتكـــــــار

في الفقه الحنفي ــ جاء في الفتاوي الهندية[٢] (والاحتكار مكروه وذلك أن يشتري طعاما في مصر وتمنع عن بيعه ، وذلك يضر بالنـاس ، كذا في الحاوي ، وان اشترى في ذلك المصر وحبسه ولا يضر بأهـــل المصر ولا بأس به ••• واذا اشترى من مكان قريب من المصـــر فحمل طعاما الى المصر وحبسه ، وذلك يضر بأهله فهو مكروه ، هذا قول محمد رحمه الله تعالى وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمـه الله وهو المختار • وان اشترى طعاما من مصر وجلبه الى مصر آخر واحتكر فيــه فانه لا يكره ، هكذا في المحيط وكذلك لو وزع أرضه وادخر طعامــه فليس بمحتكر ، كذا في الحاوي ولكن الافضل أن يبيـــع ما فضل عن حاجته اذا اشتدت حاجة الناس اليه •

واذا قلت المدة لا يكون احتكارا واذا طالت المدة يكـون محتكرا وعن أصحابنا انهم قدروا المدة الطويلة بالشهر فما دونه قليل ثم يقـــع التفاوت في الاحتكار بين أن يتربص الغلاء وبين أن يتربص القحـط ،

---

٢ ــ الفتاوى الهندية جـ ٢ ص ٢١٣ــ٢١٤ ، انظر مصادر الحق في الفقه الاسلامي (للسنهوري) جـ ٢ ص ٨١ــ٨٦

فوبال الثاني أعظم من وبال الاول والاحتكار كل ما يضر في العامة في قول ابي يوسف، وقال محمد، الاحتكار بما يتقوت به الناس والبهائم، قال محمد للامام أن يجبر المحتكر على البيع اذا خاف الهلاك على أهل المصر، ويقول للمحتكر بع بما يبيع الناس وبزيادة يتغابن الناس في مثلها كذا في فتاوي قاضي خان ولا يسعر بالاجماع، والا اذا كان أرباب الطعام يتحملون ويتعدون عن القيمة وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعيرة فلا بأس به بمشورة أهل الرأي، وهو المختار وبه يفتى .

واذا رفع أمر المحتكر الى الحاكم يأمره ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة، وينهاه عن الاحتكار، فان انتهى فبها ونعمت، وان لم ينته ورفع الامر الى القاضي مرة أخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى . ذكر القدوري في شرحه — واذا خاف الامام الهلاك على أهل المصر، أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه بين المحاويج، فاذا وجدوا ردوا مثله .

وفي الفقه المالكي — جاء في المدونة الكبرى[3] :

« قال وسمعت مالكا يقول الحكرة في كل شيء في السوق، من الطعام والزيت، وجميع الاشياء والصوف وكل ما أضر بالسوق ... قال مالك يمنع من يحتكره قال فان كان ذلك لا يضر بالسوق، قال مالك :— فلا بأس بذلك » .

وجاء في القوانين الفقهية[4] « ولا يجوز احتكار الطعام اذا اضر بأهل البلد، واختلف هل يجبر الناس في الغلاء على اخراج الطعام ام لا ؟ ولا يخرج الطعام من بلد الى غيره اذا أضر بأهل البلد، ومن جلب طعاما خلى بينه وبينه، فان شاء باعه وان شاء احتكره » .

---

٣ — المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٢٩٣

٤ — القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٥

وفي الفقه الشافعي ـ الاحتكار حرام وقيل مكروه والاحتكار عندهم في الطعام فقط ويكون اذا ابتاع في وقت الغلاء وأمسك ليزداد الثمن ، أما اذا اشترى في وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه اذا غلا فلا يحرم ذلك لانه في معنى الجالب .

جاء في المهذب[٥] « ويحرم الاحتكار في الاقوات وهو أن تباع في وقت الغلاء ويمسكه ليزداد في ثمنه . ومن أصحابنا من قال مكروه لما روى عمر رضى اللهعنه .

قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون وروى معمر العدوي قال ـ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر الا خاطيء فدل على انه حرام . فأما اذا ابتاع في وقت الرخص ، أو جاءه من ضيعة طعام ، فأمسكه لبيعه اذا غلا ، فلا يحرم ذلك ... واما غير الاقوات فيجوز احتكاره لما روى أبو امامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام ، فدل على ان غيره يجوز ولانه لا ضرر في احتكار غير الاقوات فلم يمنع منه » .

وفي الفقه الحنبلي :ـ مثل الشافعية يحرمون الاحتكار ويجعلونه في الطعام دون غيره ويميزون بين الجالب وهو مرزوق والمحتكر ملعون .

جاء في المغنى[٦] ـ :(والاحتكار حرام لما روى عن سعيد بن المستيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من احتكر فهو خاطىء وقال الاوزاعي ـ الجالب ليس بمحتكر لقوله عليه الصلاة والسلام (الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) قال الاثرم سمعت أبا عبدالله يسأل عن أي شيء الاحتكار قال اذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره .

---

٥ ـ المهذب جـ ١ ص ٢٩٢

٦ ـ المغنى جـ ٤ ص ٢٨٢ ، مصادر الحق للسنهوري (نفس المصدر) ص ٨٧ـ٨٨

هذه النصوص الفقهية تشير الى أن ولي الامر يتدخل ابتـــداء للضرب على أيدي المحتكرين وحماية الناس من شروطهم التعسفية وتفويت فرصة اذعان المحتاج اليهم والى شروطهم وهذا أبلغ من ترك الناس يذعنون لشروط المحتكرين ولا يتدخل الا اذا رفع المدعي امره للقضـــاء •

وفي فقه الزيدية ـ يحرم الاحتكار في الطعـــام ففي (الروض النظير)[٧] :ـ

(حدثني زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام قال : جالب الطعام مرزوق والمحتكر ملعون ، قال زيد بن علي لا احتكار الا في الحنطة والشعير والتمر ••• وعن أبي هريرة ومن احتكر يريد أن يغالي بها المسلمين فهو خاطيء وقد بريء الله منه) •

بيع متلقى السلع من الركبان

وهذا البيع صورة من صور الاحتكار قال فيه صاحب البدائع[٨] (مما يكره من البياعات بيع متلقى السلع ، واختلف في تفسيره قال بعضهم هو أن يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمـــة فتلقاهم الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على مايشاء من الثمن وهذا الشراء مكروه ، لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : لا تتلقوا السلع حتى تهبط الاسواق • وهـذا اذا كان يضر بأهل البلد ، بأن كان أهله في جدب وقحط فان كان لا يضـرهم لا بأس ، وقال بعضهم تفسيره هو أن يتلقاهم فيشتري منهم بأرخص من سعر البلد ، وهم لا يعلمون سعر البلد • وهذا أيضا مكروه ســواء تضرر به أهل البلد أم لا لانه غرهم •

٧ ـ الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير (ج ٣ ص ٢٠٦ ص ٢٠٨)
٨ ـ بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٣٢

بيع الحاضر للبادي

وهذا يحتوي على ضرب من الاحتكار ـ كما في فتح القدير :ـ[٩] نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الحاضر للبادي فقال لا يبيع الحاضر للبادي وصورته الرجل له طعام لا يبيعه لاهل المصر ويبيعه من أهل البادية بثمن غال ، فلايخلو أما أن يكون أهل المصر في سعة لايتضررون بذلك أو في قحط يتضررون . فان كان الثاني فهو مكروه وان كان الاول فلا بأس بذلك وعلى هذا يكون (اللام) للبادي بمعنى (ومن) وقيل في صورته نظرا الى اللام أن يتولى المصري البيع لاهل البادية ليغالي في القيمة ، وقال الحلواني (هو أن يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ، ويقول له لا تبع أنت ، أنا أعلم بذلك منك، فيتوكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس) .

اوجه الشبه والخلاف بين عقد الاذعان ونظرية الطوارىء

١ ـ اوجه الشبه :

أ ـ من حيث اعادة التوازن بين المتعاقدين ـ كلاهما يرمي الى اعادته لتخفيف الارهاق في نظرية الطوارىء ولتعديل الشروط التعسفية المضرة بمصلحة المذعن في عقود الاذعان.

بـ من حيث الاثر ـ كلاهما يؤدي الى اصابة احد المتعاقدين بغبن او ارهاق عند تنفيذ التزامه .

جـ ـ من حيث الجزاء ـ كلاهما يرمي الى تعديل الالتزام وفق

٩ ـ هامش فتح القدير جـ ٥ ص ٢٤٠ ، مصادر الحق للسنهوري (نفس المصدر) ص ٨٦ ـ ٩٠

ما تقضى به العدالة وفي عقود الاذعان للقاضى سلطة تقـديز واسعة للشروط التعسفية فله تعديلها أو الغاؤها وتفسـير العبارات الغامضة للطرف المذعن •

د ـ من حيث المعيار ـ معيار كل منهما مادي ، حادث طارىء عـنه في نظرظية الطوارىء واحتكار لسلعة أو مرفق في عقـود الاذعـان •

٢ ـ اوجه الخلاف :

أ ـ الغبن ـ يعاصر انعقاد العقد في عقود الاذعان بينما هو يعاصر التنفيذ في نظرية الطوارىء •

بـ في عقود الاذعان يعاد التوازن الاقتصادي للمتعاقدين بالضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تنفيذه العقد بينما في نظريـة الطوارىء يتم بطريقة الاخذ بيد المدين المرهق •

جـ ـ اختلال التوازن في نظرية الطوارىء يرجع الى حادث طارىء لا يد للمتعاقدين فيه لذا توزع تبعة تعديل الالتزام بينهما أما في عقود الاذعان فيرجع الى احتكار المتعاقد القوي ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن •

تمييزها عن نظرية القوة القـاهرة

او مسؤولية تحمل التبعة

ملخص نظرية تحمل التبعة في الفقـه الاسلامي

« في العقود الملزمة للجانبين ـ اذا استحال تنفيـذ أحد الالتزامين المتقابلين بسبب قوة قاهرة انقضى هذا الالتزام وسقط عن الطرف الآخر

التزامه وانفسخ العقد وبذا يتحمل المدين[١٠] تبعة الهلاك سواء في ذلك كانت الاستحالة كلية أم جزئية دائمية أم وقتية وسواء كان العقد بيعا أم اجارة أم شركة » .

القوة القاهرة :ـ يطلق عليها فقهاء الشريعة الاسلامية (الجائحة) او الآفة السماوية ويطلق عليها علماء القانون المدني (القوة القاهرة او الحادث الفجائي) ويشترط لتوفر القوة القاهرة اربعة شروط :ـ

١ ـ عدم صدور خطأ من المدين .

٢ ـ انها امر لا يمكن توقعه عند ابرام العقد .

٣ ـ لا يمكن التحرز منه او دفعه اذا وقع .

٤ ـ ان يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا .

فالعنصر الاول والثاني للقوة القاهرة شخصيان والعنصر الثالث مادي يرجع الى طبيعة الحادث والعنصر الرابع بيان لاثر الحادث الفجائي على التزام المدين .

وقد فرق فقهاء الشريعة بين انتقال الملكية وتحمل التبعة فمع اعتراضهم بقاعدة الرضائية وان العقود تنتج آثارها الشرعية باتحاد القبول والايجاب اتحادا يظهر اثره في المعقود عليه وبدون حاجة الى اجراءات شكلية خاصة قالوا في تقابل التزامات كل من الطرفين المتعاقدين وانه ليس من العدالة الزام المشتري مثلا بدفع الثمن اذا هلك المبيع قبل التسليم ولم يعترفوا بالقاعدة لفرنسية المعيبة التي تقرها

---

١٠ ـ المدين في عقد البيع بالنسبة لتسليم المبيع هو (البائع) الذي اصبح تنفيذ التزامه مستحيلا والدائن بالالتزام المستحيل هو (المشتري) ـ والالتزام المستحيل هو تسليم المبيع الهالك فتبعه الهلاك على البائع .. وفي عقد الايجار (اذا هلك المأجور) فالمدين هو المؤجر والدائن هو المستأجر فتبعه الهلاك على المؤجر (المالك للمأجور) ، رسالة تحمل التبعة ص ٧٧ (نفس المصدر) .

المادة (١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بان الهلاك على المـــــالك •

القوة القاهرة الكاملة

عرف فقهاء الشريعة الاسلامية القوة القاهرة (الآفات السماويـــة التي لا يمكن معها تضمين احد) وضربوا لها من الامثلة : الريـــح ، البرد ، الحر ، المطر ، الجليد ، الصاعقة ، والزلازل ونحوها[١١] ونصوا صراحة (على ان التلف اقوى أسباب الفسخ[١٢] واعتبر ابن نجيـــم والسيوطي (ان هلاك المبيع قبل القبض سبب من أسباب الفسخ)[١٣] ومعنى كل هذا ان أثر القوة القاهرة أن يتحلل المدين من التزامه ويعفى الدائن من الوفاء بما تعهد به أي ان تبعة الهلاك على المـــدين ويعتبر العقد منفسخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى تراضى او تقـــاضى ولذا قالوا بان العقد (ينفسخ) ولم يقولوا انه (يفسخ) لان الفســخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقـــلاب كل واحد من العوضين لصاحبه فالاول ســـبب شرعي والثـــاني حكم شرعي[١٤] والدليل لانفساخ العقد وان تحمل التبعة تقع على المـــدين ما روى عن الرسول عليه الصلاة والسلام انه قال (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) وحديث الجائحة (لو بعت من اخيك ثمرا فاصابته جائحـــة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال اخيك بغير حق) والقـــوة القاهرة الكاملة تعفى المدين من كل التزام مهما كانت طبيعتـــه ولايبقى

---

١١ ـ رسائل بن تيمية ـ الرسالة الثامنة ٢١٨

١٢ ـ المبسوط للسرخسى جـ ١٦ ص ٥

١٣ ـ ابن نجيم ص ١٨٥ ، السيوطي ١٤٦ وفقه الجعفري تحرير المجلـة جـ ٢ ص ٢٣٠ الكاشف الغطاء

١٤ ـ الفروق للقرافي ـ الفرق ١٦٥ جـ ٣

ملتزما باخطار الدائن كما هو الامر في القانون المدني وذلك لان القاعدة في الشريعة الاسلامية ان من لا يشترط رضاه بالفسخ لا يشترط علمه به[15] .

القوة القاهرة الجزئية

قرر الفقهاء ان البيع اذا كان يحسب فيه الطرفين المتعاقدين اجزاء يتقسط عليها الثمن انفسخ العقد في التالف بنسبته من الثمن وصح من الباقي أي أن المدين يعفى من الوفاء بالجزء الذي أصابته القوة القاهرة ويسقط من الدائن ما يقابل هذا الجزء من التزامه وله اذا أراد فسخ العقد فهو حق للدائن ولا ينفسخ العقد من تلقاء نفسه كما في حالة القوة القاهرة الكاملة .

ففي البدائع[16] (اما اذا هلك بعض المبيع فان كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء اخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه) .

وفي المبسوط[17] (تكارى غلاما ودابة ــ فابق الغلام ونفقت الدابة ، فعليه من الاجر بحساب ما أصاب من خدمة الغلام وركوب الدابة) .

فيسري في حالة الهلاك الجزئي بقدره ، ما يسري في حالة الهلاك الكلي ، فيسقط عن المستأجر ما يقابل منفعة الهالك من الاجرة .

---

١٥ ــ قواعد بن رجب القاعدة ٦٣ ص ١١٥ ، رسالة تحمل التبعة ص ٨٥ ــ ٨٩

١٦ ــ بدائع الصنائع للكاساني ص ٢٣٨

١٧ ــ المبسوط للسرخسي جـ ١٥ ص ١٧٨

وتمتاز النظرية العامة لتحمل التبعة في الفقه الاسلامي بما يلي [18]:

١ ــ انها نتيجة منطقية للطبيعة المتبادلة للعقد الملزم للجانبين فهي تتعلق بطبيعة العقد وليست صورة من صور الفسخ ، كما هو رأي الاغلبية في فرنسا ، ولا الفسخ صورة من صورها • كما هو رأي البعض في مصر كذلك اساسها في الفقه الاسلامي طبيعة العقد الملزم للجانبين بينما أساسها في الفقه الغربي نظرية السبب ونظرية شرط الفاسخ الضمني •

٢ ــ البساطة ــ ومن مظاهر ذلك انها لا تعلق سقوط الالتزام على انحلال العقد بل تتجه مباشرة الى المقصود ، وتسقط الالتزام المقابل نتيجة سقوط الالتزام الذي أصبح مستحيلا •

٣ ــ رعاية الناحية العملية ــ ويتمثل ذلك في اعطاء الدائن هذا الحق في فسخ العقد في الباقي في حالة الاستحالة الجزئية والوقتية وتترك له وحده تقدير المصلحة في ذلك •

موقف القوانين من نظرية تحمل التبعة :ــ

القانون الروماني والفرنسي اخذ بها في عقد الاجارة وكان الحكم انه اذا استحال على المؤجر بقوة قاهرة الوفاء بالتزامه ، سقط من التزام المستأجر بدفع الاجرة مما يناسب ما استحال تنفيذه • واذا استحال على الاجير الوفاء بالتزامه وهو وضع نفسه تحت تصرف سيده أو القيام بالعمل المتفق عليه ، بان مرض مرضا اعجزه عن العمل ، فانه تسقط عن المؤجر الاجرة كلها أو بعضها حسب الاصول ولكن القانون الروماني لم يأخذ بها في عقد البيع فيبقى المشتري ملزما بدفع الثمن اذا هلك المبيع في يد البائع قبل وفائه بالتزامه بالتسليم كذلك نهج

---

١٨ ــ رسالة تحمل التبعة (نفس المصدر)

القانون الفرنسي نهج القانون الروماني • اما القانون الالماني فحــلا من العيب الذي اشتمل عليه القانون الروماني والفرنسي وأخذ بهـــا في العقود الملزمة للجانبين سواء اكانت عقودا واقعة على الملكيــة أم على المنفعة بما تقضي به طبيعة العقد من جعل الهلاك على المدين كذلك فعل المشرع المصري في القانون المدني الجديد •

اوجه الشبه والخلاف بين نظرية التبعة ونظريــة الطــوارىء

٢ ـ اوجــه الخـــلاف

أ ـ من جهة السبب ـ الحادث الطارىء غير المتوقع تنتظمه مـــع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم •

ب ـ من جهة المعيار ـ كلاهما المعيار فيهما مادي بسبب الحــادث الطارىء او القوة القاهرة ولابد للمتعاقدين في حدوثها •

٢ ـ اوجــه الخـــلاف

أ ـ من جهة الاثر ـ القوة القاهرة تجعل تنفيــذ الالتزام مستحيلا بينما الحادث الطارىء يجعل التنفيذ مرهقا دون أن يبلغ حد الاستحالة •

ب ـ من جهة الجزاء ـ القوة القاهرة تفضي الى انقضــاء الالتزام ولكن الحادث الطارىء يترتب عليه رد الالتزام المرهــق الى الحد المعقول •

تمييزها عن نظرية الضرورة

ملخص نظرية الضرورة : ـ

حالة الضرورة ـ هي الحالة التي يوجد فيها الشخص اذا اضطر لدرء خطر جسيم بالحاق ضرر بشخص آخر ضررا لا يجاوز الضرر الذي تحاشاه •

اي ان يجد الشخص ان حقه بانقاذ نفسه أو ماله أو غيره يصطدم بوجوب احترام حقوق الآخرين فلا يستطيع أن يدفع الضرر دون المساس بحقوق الآخرين فاذا وجد في هذا المركز بسبب خارج عن ارادته فهل يجب عليه أن يمتنع عن استعمال حقه مراعاة لواجبه نحو الغير ؟

مثال ذلك حالة من يضطر الى اقتحام ملك غيره لاطفاء حريق شب في بيته أو في بيت شخص ثالث يخشى أن يسبب خسائر جسيمة في الارواح أو في الاموال •

أو حالة الشخص المشرف على الغرق دون خطأ منه اذا كان يستطيع النجاة بتضحية مال غيره مثلا •

أو حالة سائق السيارة الذي يفاجأ بشخص يلقي بنفسه أمام سيارته فيضطر في سبيل تفاديه الى الصعود الى الرصيف واتلاف واجهة بعض المحلات التجارية أو معروضاتها •

وفي فقه القانون الحديث يقاس معيار الخطأ بمسلك الرجل العادي عندما يوازن بين الضرر الذي يصيبه وبين الضرر الذي يصيب الغير من التضحية بحق الغير استعمالا لحقه هو • فاذا وجد ان الضرر الذي يصيبه اكبر من الضرر الذي يصيب الغير فانه يعتبر معفيا من احترام حق الغير انقاذا لنفسه أو ماله أو غيره من الضرر الاكبر •

واذا وجد العكس فانه يكون ملزما باحترام واجبه نحو الغير •

فكل شخص يوجد في حالة ضرورة ويتبع مثل هـذا المسلك يكون قد قام بما ينبغي ولا يكون مخطئا اذا ترتب على سلوكه هـذا ضرر للغير ولا يلزم قانونا بتعويض هذا الضرر .

تنص المادة (١٦٨) من القانون المدني المصري ومن سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا ويطابق المادة ١٦٩ سوري والمادة ١٨١ ليبي . – ٢١٣ عراقي – يقابلها ١٦٨ مصري .

وفي القانون المدني العراقي[١٩] :

أ – يختار أهون الشرين ، فاذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمهما ضررا ، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالا كليا .

ب – فمن سبب ضررا للغير وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيرا على الضرر الذي سببه لا يكون ملزما الا بالتعويض الذي تراه المحكمة مناسبا وقد طبق المشرع العراقي ذلك في المادة (٢١٤) من أعمال الضرورة التي تقتضيها مصلحة عامة حيث نص على (يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام) .

فاذا هدم أحد جدارا بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق ، فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الامر لم يلزمه الضمان وان كان هدمها من نفسه الزم بتعويض مناسب .

فاذا قامت فرقة المطافىء مثلا بهدم الدار التي توشك أن ننقل الحريق الى غيرها من الدور ، فلا مسؤولية عليها لانها تعمل بأمر اولي الامر ، أما اذا قام أحد الجيران من تلقاء نفسه بهدم تلك الدار فيلزم بالتعويض الذي يراه القاضى .

---

١٩ – مادة ٢١٣ من القانون المدني العراقي

يظهر من هذه المواد في القانون المدني العراقي انه أقرب القوانين اقتباسا من القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية •

شروط تطبيق حالة الضرورة

(١) ان يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهددا بخطر حال سواء كان هذا الخطر يهدد النفس أو المال ، أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع الا اذا كان الخطر يهدد النفس •

(٢) الا يكون لارادة الشخص دخل في ايجاد هذا الخطر والا كان مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للغير مسؤولية كاملة •

(٣) ان يكون الضرر الذي اريد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع ، فالشخص الذي يستولي على دواء لا يملكه ، يعالج نفسه من مرض أصابه فتفادى خطر المرض أشد بكثير من الخسارة التي تصيب صاحب الدواء ، فالمريض الذي استولى على الدواء يعتبر في حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية وان كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الاثراء بلا سبب •

الضرورة في الشريعة ان يجد الشخص انه في حالة ، يخشى فيها على نفسه من الهلاك ، اذا لم يقترف المحرم فهل يجوز له اقتراف هذا المحرم أم لا ؟

مثال ــ الجائع الذي لا يجد ما يسد رمقه الا بتناول المطعومات المحرمة كالميتة والدم ولحم الخنزير ونحوها •

في المسألة تفصيل :

(١) في حالة الضرورة لتناول المطعومات المحرمة لانقــاذ النفس من الهلاك من الواجب تناولها لان الرخصة في تناولها رخصـــة اسقاط .

(٢) ضرورة اتلاف مال الغير لتخليص نفسه من الهلاك فيجوز لــه هذا الاتلاف كمن اضطر الى طعام غيره الزائد على حاجته فله أن يأخذه ولو مغالبة بالمجان او بثمن المثل على اختلاف عند الفقهاء .

(٣) لا يجوز قتل النفس البريئة لتخليص المضطر نفسه من الهـــلاك فلا يجوز لمن أشرف على الهلاك جوعا أن يقتل رفيقه ويأكل لحمه كما لا يجوز لمن يهدد بالقتل أن يقتل شخصا معينا بريئا .

(٤) كذلك لا يعتبر من الضرورة ، تخليص الانسان نفسه من الهـلاك عن طريق الاعتداء على أعراض الناس .

اوجـه الشبه والخلاف بين حالة الضرورة ونظـرية الطـوارىء

١ ـ اوجـه الشــبه

(أ) من حيث السبب ـ في نظرية الطوارىء يحدث الحادث الطارىء من دون ارادة المدين وفي حالة الضرورة يحدث الخطر الحـــال على النفس والمال بدون ارادة الشخص الذي أصبح في حالــة ضرورة لدفع الخطر عنه وعن غيره .

(ب) من حيث تعارض الضررين ـ في نظرية الطوارىء يتعارض الضرر الاخف الذي يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، والضرر الاشد الذي يصيب المدين من جراء الارهـــاق بسبب

الظرف الطارىء اذا ما الزم بالتنفيذ وفي نظرية الضرورة يتعارض الضرر الاخف الذي يصيب الغير والضـــرر الاشد الذي يهدد الشخص أو الغير في نفسه أو ماله •

(جـ) من حيث الجزاء وتحمل التبعة

في نظرية الطوارىء يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول بتوزيع تحمل التبعة بين المتعاقدين وفي نظرية الضرورة يدفـــع الخطر الحال بالاضرار بالغير ويحكم بالتعويض المناسب ان كان لـــه مقتض •

(أ) من حيث المسؤولية ــ في نظرية الضرورة يترتب الاعفـــاء من المسؤولية التقصيرية بينما في نظريـــة الطوارىء يترتب تعديل الالتزام التعاقدي الناتج عن المسؤولية العقدية •

(ب) من حيث الموضوع ــ في نظرية الطوارىء ، الموضوع تعـــديل الالتزام التعاقدي بسبب الحادث الطارىء أما الموضـــوع في نظرية الضرورة انتفاء الخطأ بسبب حالة الضرورة •

(جـ) من حيث الجزاء ــ في نظرية الطوارىء تتدخل القضاء لتعديل الالتزام او الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وفي نظريـــة الضرورة يجوز للقاضي أن يحكم للمضرور بتعويض مناسب •

(د) من حيث النشوء ــ يعمل بنظرية الظروف الطارئة بسبب حدوث الظرف الطارىء أثناء تنفيذ الالتزام وهو سبب مادي أمـــا في نظرية الضرورة فسبب العمل بها هو شخصي عند قيـــام الشخص بدفع الخطر الحال عنه أو عن غيره باحداث ضرر للغير •

(هـ) من حيث تحمل التبعة ــ في نظرية الطوارىء يوزع تحمـــل

التبعة بين الدائن والمدين أما في نظرية الضرورة فيتحمل التبعة المضرور لدفع الخطر الحال بالمضطر .

كان أئمة المذاهب في الفقه الاسلامي ينظرون الى الحقوق نظرة أقرب الى الاطلاق منها الى التقيد ويعتبرون ان الشارع اذا قرر للفرد حقا أو أجاز له باتيان فعل فانه لا يحاسبه اذا استعمل حقه ولو أضر بالغير تطبيقا لقاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ومن أمثلة ما نصوا عليه :ـ

(اذا اراد مالك الارض أن يبنيها ويرتفع في بنائها فليس لجاره منعه ولو كان ارتفاع البناء يسد عليه الريح والشمس)[20] .

(ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة المجاورة منعه ولو تأذى هو من ذلك)[21] .

(وله أن يتخذ في بنائه حماما أو تنورا)[22] .

غير ان المتأخرين من الاحناف عندما تطورت الحياة في المجتمع وجدوا حاجة الحد من حق الملكية فقيدوا استعماله ـ على خلاف القياس ـ بشرط عدم احداث ضرر فاحش للغير ووصلوا الى ذلك من طريق (الاستحسان) ووضعوا معيارا للضرر الفاحش ، وهو الذي يمنع التمكن من حوائج الملك الاصلية ، ومن أمثلة ما نصوا في شأنه على ذلك :ـ

(ليس للمالك أن يقيم جدارا عاليا يحجب النور والهواء كلية عن ملك جاره)[23] (أو أن يتخذ شخصا في جوار دار دكان حدادا أو طاحونة بحيث يوهن بناء الدار عن طرق الحديد أو دوران الطاحون ،

٢٠ ـ السرخسي جـ ١٥ ض ٢١
٢١ ـ السرخسي جـ ١٥ ص ٢١
٢٢ ـ السرخسي جـ ٢٧ ص ٢٣
٢٣ ـ ابن عابدين جـ ٤ ص ٥٠١

أو أن يحدث فرنا أو معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكن فيها لتأذيه من الدخان أو المعصرة)[٢٤] • (أو أن يفتح مطلا على مقر نساء جاره)[٢٥] فهذا كله ضرر فاحش يجاوز المألوف يلزم دفعه وازالته • وهكذا أصبح حق الملكية حقا نسبيا لا مطلقا وأصبح المالك مسكن تضمينه نتيجة استعمال ملكه على أن تقدر اساءة الاستعمال بمعيار موضوعي هو معيار (الضرر الفاحش) •

خلاصتها في القانون

وفي القانون ـ كانت النظرية التقليدية في المسؤولية المدنية تفرض الواجبات والقيود في استعمال الرخص فقط ، أما استعمال الحقوق فلم تكن ترى فيه أي خطأ ولا ترتب عليه مسؤولية مهما ألحق بالغير من أضرار ولو كانت متعمدة ، فالمالك الذي يحفر في أرضه لا يسأل عما يصيب الاملاك المجاورة من أضرار بسبب ذلك الا اذا جاوز في الحفر حدود الارض المملوكة له ، فيسأل حينئذ لا عن خطأ في استعمال حقه بل عن مجاوزة حدود حقه •

أما نظرية اساءة استعمال الحقوق فقد كان الدافع على ظهورها في أواخر القرن التاسع عشر تأثير المذاهب الاجتماعية والرغبة في توسيع دائرة المسؤولية وتسهيل الحصول على التعويض وغرضها تقرير صورة ثالثة من الخطأ • ولم تكن هذه النظرية مستجدة بل وجد لها أصل في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم ثم اختفت في العصر الحديث تحت تأثير المذاهب الفردية ابان الثورة الفرنسية ولم يظهر لها وجود في التقنينات الفرنسية في عهد نابليون وعندما زاد اشتباك المصالح وضعفت المذاهب الفردية وانتشرت المذاهب الاشتراكية ، عادت النظرية الى الظهور وانتصر لها فريق من شراح القانون اهمهم

---

٢٤ ـ المجلة مادة ١٢٠٠

(جوسران وجيني) وقد انبرى العالم (بلاينول) لتفنيد هذه النظرية مبتدئا بنقد تسميتها فتساءل كيف يمكن تصور اساءة استعمال الحقوق ، في حين اذا استعملت حقي وجب أن يكون فعلا مشروعا وهو لا يكون غير مشروع الا اذا جاوزت حدود حقي وعملت دون حق فالحق ينتهي عندما تبدأ اساءة استعماله ولكنه اعترف بان أكثر الحقوق ليست مطلقة بل مقيدة من حيث مداها ومن حيث استعمالها واعتبر استعمال الحق دون مراعاة القيود التي تحدده خروجا عن الحق لا اساءة لاستعماله ، ويظهر من هذا النقد ان الخلاف بين أنصار النظرية وخصومها مقصور على الالفاظ ، اما من حيث الموضوع فالاجماع منعقد على ان الحقوق غير مطلقة بل مقيدة تحقيقا لمصالح معينة فلايجوز استعمالها لغير تحقيق هذه المصالح وبالرغم من هذا الاجماع فالخلاف لا يزال باقيا فيما يتعلق بمعيار اساءة استعماله الحقوق وذهبوا في ذلك الى معيارين شخصي ومادي :ـ

فالقائلون بالمعيار الشخصي يعولون على قصد الاضرار ويعتبر الشخص مسيئا باستعمال حقه اذا استعمله بغية الاضرار بالغير .

أما القائلون بالمعيار المادي ، فيرجح بعضهم ان الشخص يسيء استعمال حقه اذا استعمله استعمالا غير طبيعي وينظرون في تحديد ما يعتبر طبيعيا الى الظروف والبيئة ويذهب الاستاذ جوسران الى ان المعيار يجب أن يكون الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي من اجله تقرر الحق لصاحبه فاذا استعمل الشخص حقه قصد تحقيق غرض يتفق مع الغرض الذي من اجله وجد الحق كان استعماله مشروعا واذا كان العكس كان واقعه غير مشروع .

نظرة المحاكم لهذه النظرية

المحاكم الفرنسية اخذت بمختلف المعايير حسب المقتضى فاكتفت تارة بقصد الاضرار واخرى بانتفاء المصلحة في استعمال الحق ، وفرقت احيانا بين استعمال الحق استعمالا طبيعيا او استعمالا غير طبيعي •

وبنت أحكامها احيانا على مطابقة الباعث على استعمال الحق للغرض الاجتماعي الذي وجد الحق من أجله أو عدم مطابقته •

اما المحاكم المصرية فاعتبرت المالك مسيئا في استعمال حقه في ثلاث صور :ـ

(١) اذا استعمل حقه لمجرد الاضرار بالغير ، كمن يقيم حائطا عاليا على حدود أرض فضاء لمجرد حجب النور والهواء عن جاره •

(٢) اذا ارتكب اهمالا في استعمال حقه ترتب عليه ضرر لجاره كمن يدق اوتادا مسلحة في أرضه وينجم عن دفنها اهتزازات في الارض المجاورة دون أن ينبه الجار باتخاذ الاحتياطات اللازمة ودون أن يتخذ هو الاجراءات الضرورية •

(٣) اذا حدث باستعمال حقه في غير تعمد ولا اهمال ضررا بالغير كمن يقيم مصنعا يحدث ضوضاء ودخانا كثيف في حي هادىء معد للسكن •

تقنينات الدول العربية حول النظرية

القانون المدني المصري : أخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي فنص في المادة الرابعة منه « من استعمل حقه استعمالا جائزا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ثم يعين الاحوال التي يعتبر فيها

استعمال الحق غير جائز فنص في المادة الخامسة منـــه : « يكون استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية :

(١) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (٢) اذا كانت المصالـح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع مايصيب الغير من ضرر بسببها (٣) اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقهـــا غير مشروعة •

القانون المدني السوري :ـ مادة (٦) والقانون الليبي مادة (٥) مطابقتين للقانون المدني المصري •

وفي القانون المدني العراقي : في المادتين السادسة والسابعة منـــه موافقتين للقانون المدني المصري مع تعديل لفظي بسيط وفى القــانون التونسى والمراكشى في المادتين ٩١ و٩٢ و١٠٠ و١٠١ (لجيران المحلات المضرة بالصحة او المقلقة للراحة مطالبة مالكي هذه المحلات بإزالتهـــا او باجراء التعديلات اللازمة فيها لمنع مضارها •

غير انه لا تجوز المطالبة بازالة الاضرار المترتبة على التزامـــات الجوار العادية كالدخان الذي يتصاعد من المداخن والمضايقات الاخرى التي لا يمكن تجنبها والتي لا تجاوز القدر المعتاد فقد أخذ بهـــذه النظرية بأوسع صورها فنص في المادة (٤٤) منه (يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه أثناء استعمال حقه حدود حسن النية او الغرض الذي من أجله منح هذا الحق) •

اوجه الخلاف بين نظرية الطوارىء ونظرية التعسف في استعمال الحــق

١ ـ من حيث السبب

في نظرية الظروف الطارئة السبب مادي هو حدوث الظـــرف الطارىء أما في نظرية التعسف في استعمال الحق فالسبب شخصي هو

استعمال الشخص لحقه استعمالا غير جائز ٠

٢ ـ من حيث الاثر والجزاء

الظرف الطارىء في نظرية الظروف الطارئة يجعل التنفيذ مرهقا فيرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ـ والخطأ في اساءة استعمال الحق من قبل صاحبه يؤدي الى ضرر بالغير ويكون مسؤولا عن ازالته٠

٣ ـ من حيث المسؤولية :ـ

نظرية الطوارىء تتعلق بالمسؤولية التعاقدية وتنفيذ الالتزام التعاقدي بينما نظرية التعسف باستعمال الحق تتعلق بالمسؤولية التقصيرية الناتجة عن اساءة استعمال الحق من قبل صاحبه ٠

٤ ـ من حيث تحمل التبعة :ـ

في نظرية الظروف الطارئة يتقاسم الدائن والمدين تبعة أثر الحادث الطارىء بينما في نظرية التعسف باستعمال الحق يتحمل التبعة صاحب الحق بصورة كاملة ٠

٥ ـ من حيث الرابطة التي تربط بين النظريتين

في نظرية الطوارىء اذا تمسك الدائن بحقه في مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء يعد متعسفا باستعمال حقه ٠

تميزها عن نظريتي فعل الامير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (٢٦)

ملخص نظرية الامير

نظرية قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسى ويمكن تعريفها :

(ان عمل الامير يصدر من سلطة عامة مثل الدولة والمحافظات

---

٢٦ ـ الدكتور سليمان الطماوي ـ العقود الادارية ط ١٩٦٥ ص ٧٠٥-٧٢٤

والمجالس الادارية والمجالس البلدية والمؤسسات والهيئات العامة بدون خطأ من جانب السلطة وينجم عن هذا العمل ان يسوء مركز المتعاقد مع الادارة وان يتحمل اعباء من شأنها ان يختل التوازن المالي بينهما ويؤدي ذلك الى الزام الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الاضرار التي تلحق من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد •

شروط تطبيق نظرية الامير :

١ ـ ان يكون ثمة عقد من العقود الادارية فهي من الافكار الادارية ولا مقابل لها في القانون الخاص ، فلا تطبق الا بعد منازعة تتعلق بعقد اداري •

٢ ـ أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة •

٣ ـ أن ينشأ عن عمل الادارة ضرر للمتعاقد ولا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة •

٤ ـ افتراض ان الادارة المتعاقدة لم تخطىء حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ ، فاذا ما تعرضت الادارة المتعاقدة في صدور سلطانها ، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد فان الادارة تسأل في نطاق نظرية عمل الامير بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها • أما اذا انطوى تصرف الادارة على خطأ فانها تسأل مسؤولية تقصيرية على اساس الخطأ •

٥ ـ أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع •

٦ ـ أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام •

امثلة على اعمال الادارة التي تعتبر من فعل الامير :ـ

(أ) الامر الصادر من جهة الادارة باعتبارها سلطة بوليس الى الشركة المتعاقدة بنقل اسلاك الكهرباء الى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين •

(ب) حكم مجلس الدولة الفرنسى الذي قضى بتعويض المتطوعين الذين الغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضى بحل الفرق التي ينتمون اليها •

(جـ) اذا أصدرت الادارة قرارات برفع الاسعار التي كانت سائدة وقت التعاقد عند ابرام عقود التوريد في مجال تنظيم الاسعار نتيجة الاقتصاد الموجه وكما حكم بذلك مجلس الدولة الفرنسى وطبق نظرية فعل الامير •

الاثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الامير

١ ـ منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة تعويضا كاملا •

٢ ـ تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على فعل الامير استحالة التنفيذ •

٣ ـ حق الملتزم بالمطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية اذا ثبت ان عمل الامير جعل التنفيذ عسيرا •

٤ ـ المطالبة بفسخ العقد اذا زادت اعباء المتعاقد بدرجة كبيرة ويستطيع أن يجمع بين بعض هذه الآثار اذا تعددت الاسباب •

ملخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

التعريف بالنظرية وأساسها :ـ

اذا صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية استثنائية لا يمكن توقعها عند ابرام العقد وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقا ، فان من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار .

ان تطبيقات هذه النظرية في الغالب يكون في مجال عقود الاشغال العامة والفقهية (دي لوبادير) يؤكد انه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الاشغال العامة ولكن سلم في ذات الوقت بانه لا توجد اسباب قاطعة ، تحول دون تطبيق النظرية ، متى توافرت شروطها ، في مجال العقود الادارية الاخرى ويؤيد هذا الرأي الفقيه (جيز) والفقيه (بيكنيو) وان كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يسلم به (ففي احدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وكانت ظروفها كما يلي : حدث زلزال شديد حطم الاسلاك المحدودة تحت الماء ، والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام فلما طالب الملتزم بنفقات اصلاح هذه الاسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة رفض المجلس ، وان كان قد سمح له بالاستناد الى نظرية الظروف الطارئة .

الاساس القانوني للنظرية

١ ـ يقال ان مرجع هذه النظرية الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين على اساس ان السعر المتفق عليه في العقد انما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية .

٢ ـ ذهب الفقيه بيكينو الى رد هذه النظرية الى نظرية عمل الامير أو الى فكرة المسؤولية التقصيرية للاداء ولكن هذا التبرير

لا يكفي لمواجهة جميع الفروض .

٣ ـ ان الرأي الراجح يعتبر هذه النظرية وليدة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية نظرا للعلاقة الوثيقة بين العقود الادارية وبين المرافق العامة .

شروط تطبيق النظرية :ـ

١ ـ ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية : وهذه الصعوبات ترجع في أغلب الحالات الى ظواهر طبيعية وأكثر التطبيقات القضائية تتعلق بصعوبات ترجع الى طبيعة الاراضي التي تنفذ فيها الاشغال العامة كأن تتكشف الارض عن طبيعة صخرية في حين ان التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة وقد جاء في حكم قضائي في سنة ١٩٥٦ (ان المتعاقد على حفر احدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج الى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها) .

ومن الصعوبات ان يفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج الى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الارض ، أو أن تحدث انهيارات من الاتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في سحبها وتجفيف الارض أو أن تحدث انهيارات في الاتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية في رفعها . أو أن يضطر المقاول الى اصلاح طريق ضروري لتنفيذ الاشغال العامة .

٢ ـ يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد المتعاقدين :ـ لانه اذا كان مرجعها عمل الادارة فتسأل الادارة على أساس الخطأ أو على أساس نظرية الامير واذا كانت ترجع الى عمل المتعاقد أو يثبت انه خرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزامه فالمسؤولية تترتب عليه .

٣ ــ أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد فعلى المتعاقد قبل أن يقبل العقد أن يدرس طبيعة الارض وان يبذل جهده بالاحاطة بكافة الصعوبات المادية والتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة .

فاذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعها فيمكن طلب التعويض عنها والا فلا .

٤ ــ يجب أن تكون الصعوبات استثنائية ومن نوع غير مألوف وللقاضي سلطة تقديرية في كل حالة على حدة .

٥ ــ أن يكون من شأن الصعوبات الاخلال باقتصاديات العقد ويقدر ذلك بالمبالغ الاضافية التي انفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات الماضية منسوبة الى القيمة الاجمالية للعقد .

مقارنة بين نظرية الطوارىء ونظريتي الصعوبات المادية وفعل الامير

١ ــ اوجه الشبه

أ ــ نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية وتمتاز بالمرونة وأحكامها تتطور باستمرار .

بــ تقوم كل من النظريات الثلاث على أساس مسؤولية الادارة بلا خطأ .

فاذا أخطأت الادارة فتسأل في نطاق المسؤولية التعاقدية العادية .

جـ ــ الامر الذي تتحقق به المسؤولية في نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع عند ابرام العقد .

د ــ مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية مع ملاحظة معظم التطبيقات العملية والنظرية والصعوبات المادية توجد في نطاق عقود الاشغال العامة .

هـ ـ تقوم النظريات الثلاث على مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة والموازنة بين سلطات الادارة وبين حقوق المتعاقد[٢٧] .

٢ ـ اوجه الخلاف

أ ـ من حيث الفعل الذي تتحقق به المسؤولية :

في نظر عمل الامير العمل الضار يجب أن يكون منسوبا الى جهة الادارة المتعاقدة وفي نظرية الصعوبات المادية يرجع الى ظواهر طبيعية مثل طبيعة الارض كانت موجودة وقت ابرام العقد ولكن لم يعرفها المتعاقد ، أما في نظرية الظروف الطارئة أن يكون مصدر الظرف الطارىء من جهة الادارة أو بسبب خارجي فمجالها أوسع .

ب ـ من حيث جسامة الضرر :

في نظريتي فعل الامير والصعوبات المادية لا يشترط في الضرر قدر من الجسامة اما في نظرية الظروف الطارئة فينبغي أن يصل الضرر الى درجة ارهاق المتعاقد .

جـ ـ من حيث الآثار :

في نظريتي فعل الامير والصعوبات المادية يكون التعويض كاملا يغطي جميع الاضرار التي تلحق المتعاقد أما في نظرية الظروف الطارئة فان التعويض يكون جزئيا .

---

٢٧ ـ القانون الاداري للدكتور الطماوي ٧٠١

تميزها عن نظرية الغبن اللاحق

ملخص نظرية الغبن اللاحق (1)

اذا أطلقنا لفظ الغبن فانه ينصرف الى الغبن المعاصر لانعقاد العقد وهو عدم التعادل بين الالتزامات التبادلية الناشئة عن عقد المعاوضـــة فلكي يتحقق وجود (الغبن) يجب أن يتوفر أمران :

١ ــ أن يكون العقد معاوضة قد تم انعقاده نهائيا •

٢ ــ أن تكون الالتزامات التي نشأت عن هذا العقد غير متعادلة•

اما في حالة الغبن اللاحق فيجب توفر الشروط الآتية :ــ

١ ــ أن يكون هناك اتفاق تام على شروط العقـــد التبادلي ولكن انعقاد العقد بصفة نهائية يتوقف على حدوث أمر لاحق لهذا الاتفـاق ، بحيث تنقضي فترة بين هذا الاتفاق وبين تحقق الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد بصفة نهائية •

وهذا الامر قد يتوقف على ارادة أحد المتعاقدين كما فيحالة الوعد بالبيع أو بالشراء أو يتوقف على أمر يتطلبه القانون كما في حالـــة ضرورة الحصول على اذن اداري • كضرورة الحصـــول على اذن من المحافظة في فرنسا في حالة بيع العقار وكالاتفاق بين البائـع والمشتري على أن عقد البيع لا ينفذ الا اذا حصل المشتري على اذن اداري لبنـاء كنيسة مثلا •

٢ ــ أن تكون التزامات كل من المتعاقدين متعادلة وقت الاتفـاق على جميع شروط العقد وأن لايوجد هناك غبن لاحد طرفي التعاقد •

---

١ ــ الغبن اللاحق والظروف الطارئة ــ للدكتور محمد عبدالجواد محمد (كلية الحقوق ــ جامعة القاهرة ــ فرع العلوم) مطبعة جامعـــة القاهرة ــ ١٩٦٣

٣ ـ يجب أن يحدث في الفترة ما بين الاتفاق على شروط العقد ، وتحقق الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد نهائيا على تحققـــه ، أن يختل التوازن بين التزامات المتعاقدين بسبب حدوث ظرف طارىء خارج عن ارادة المتعاقدين ولم يكن متوقعا عند التعاقد مثل حدوث ارتفـاع كبير مفاجىء في الاسعار أو أزمة اقتصادية أدت الى انخفاض الاسعار .

اوجه الشبه والخلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الغبــن اللاحــق

١ ـ فكرة الوقت

ان الوقت الذي يحدث فيه الظرف الطارىء هو ضروري في الغبن اللاحق بنفس القدر المطلوب به في حالة الظروف الطارئة ولكن الفارق الجوهري بين فكرة الوقت في حالة الغبن اللاحق وحالـــة الظروف الطارئةهو في الحالة الاخيرة يجب أن يوجد هذا الوقت بعد انعقادالعقد وبين تنفيذه أو في فترة تنفيذ العقد . أما في حالة الغبن اللاحق فيجب أن يوجد هذا الوقت بين الاتفاق على جميع شروط العقـد وبين حصول الامر الذي يتوقف عليه انعقاد العقد بصفة نهائية .

٢ ـ اذا كان من المقرر ان عدم تعادل الالتزامات المتبادلـة أيا كان سببه وأيا كان وقته هو (غبن) بالمعنى الواسع لكلمة الغبن فان عبـارة الغبن اللاحق لا تقتصر على هذا النوع من الغبن ، بل تطلق أيضـا على عدم تعادل الالتزامات المتبادلة الذي ينشئه حدوث الظروف الطـارئة ولذا اطلق بعض الفقهاء على هذا النوع من الغبن (الغبن الذي يحدث بعد اتمام العقد) ومما حدا ببعض الفقهـاء الفرنسيين الى القول (ان نظرية الظروف الطارئة ما هي الا جزاء الغبن اللاحـــق) كذلك اطلق

قسم منهم على الغبن اللاحق (الظروف الطارئة السابقة) أي السابقة على الانعقاد النهائي للعقد تميزا لها عن نظرية الظروف الطارئة التي تحدث بعد انعقاد العقد .

انـواع الوعـود :

١ ـ الوعد بالبيـــــع

أ ـ الوعد بالبيع من جانب واحد ـ وصورته أن يعد المالك شخصا آخر أن يبيع له الشيء المملوك له بثمن محدد ويتفق مـع المشتري على تأجيل انعقاد العقد النهائي الى الوقت الذي يظهر فيه المشتري رغبة في الشراء خلال مدة معينة ، فيبقى البائع ملتزما بوعده طول المدة المحددة وللمشتري الخيار بين امضاء العقد أو تركه واذا انقضت المدة المحدودة ولم يظهر الموعود له رغبته فان الوعد يسقط ويتحلل البائع من التزامه.

ويتحقق وجود الغبن اللاحق في هذه الصورة اذا فرضـنا ان الثمن المتفق عليه هو ١٥٠ جنيها مثلا ، ثم يحدث في المدة المحددة لاظهـار الرغبة للشراء أن يرتفع ثمن الشيء المبيع ارتفاعا فاحشـا كأن يصبح سعره (١٠٠٠) جنيه أو ينخفض انخفاضا فاحشا فيصبح سعره (١٠) جنيهات فقط .

ب ـ الوعد بالتفضيل ـ وصورته أن يعد مالك الشيء انه اذا رغب في بيعه أن يعرضه اولا على الموعود له فاذا قبل شراؤه يتم البيع وليس هناك مانع من تحديد الثمن مقدما ويستطيع البائـع الا يعرض الشيء للبيع كذلك الموعود له يستطيع أن يرفض شراء الشيء اذا ما عرضـه عليه الواعد .

جـ ـ الوعد بالشراء من جانب واحد : وصورته ان يتفق شخصـان على تجديد شروط البيع ومدة الوعد على أن يكون الخيار للبائـع في

اظهار رغبته في بيع الشيء بالثمن المتفق عليه في خلال المدة المحددة ويكون المشتري في هذه الحالة ملتزما بالبقاء على وعده طول مدة الوعد .

د ـ الوعد بالتبايع الملزم للجانبين :ـ وصورته أن يتفق شخصان بأن يعد مالك الشيء شخصا آخر أن يبيعه طبقا للشروط التي يتفقان عليها اذا رغب الشخص الآخر في شرائه وفي نفس الوقت يعد هذا الشخص الآخر شراء الشيء بنفس الشروط اذا رغب مالك الشيء في بيعه فهذه الصورة تجمع بين الوعد بالبيع والوعد بالشراء .

في فرنسا الغبن اللاحق قاصر على الوعد ببيع العقارات فقط .

وهناك رأيان حول معاملة الغبن اللاحق :ـ

١ ـ الرأي الاول يعتبر ان الوقت الذي يجب أن ينظر فيه الى قيمة العقار المبيع (هو وقت الاتفاق على الوعد) وقد ترتب على هذا الرأي ان بعض المحاكم كانت ترفض دعوى البائع بطلب ابطال البيع بسبب الغبن الذي وقع عليه بسبب ارتفاع قيمة العقار في الوقت الذي أظهر فيه المشتري الموعود له قبول البيع .

٢ ـ الرأي الثاني ـ يعتبر ان الوقت الذي يجب أن ينظر فيه الى حالة العقار وقيمته (هو الوقت الذي يظهر فيه الموعود له رغبة في الشراء) لا يوم الاتفاق على الوعد بالبيع ، وقد ترتب على هذا الرأي ان بعض المحاكم قد حكمت بابطال عقد بيع العقار بسبب الغبن الذي وقع على بائع العقار ، مع ان هذا الغبن لم يكن موجودا عند الاتفاق على الوعد بالبيع ولكن ظروفا طارئة حدثت بعد هذا الوقت ثم اضطر المشرع الفرنسى حسم الخلاف بين الرأيين فأضاف فقرة جديدة الى نص المادة (١٦٧٥) ونص فيها (في حالة الوعد المنفرد بالبيع بقدر الغبن في يوم تحقيق الوعد) .

وفي بلجيكا فالامر في القضاء والفقه مثلما في فرنسا وأضاف بعض الفقهاء في بلجيكا الى ارتفاع سعر المبيع (انخفاض قيمة النقود) في الفترة ما بين الاتفاق على الوعد بالبيع واظهار رغبة الموعود له بالشراء •

٢ ـ البيع بالتقسيط ـ عند بيع أي عقار بالتقسيط مع اشتراط تأجيل انتقال الملكية الى المشتري الى الوقت الذي يدفع فيه آخر قسط من الثمن يمكن أن تثور مشكلة الغبن اللاحق •



الفصل الثاني ـ دراسه تشريعية للنظرية

البحث الاول ـ شروط تطبيق النظرية واثارها في القانون المدني العراقي

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي بانه :

١ ـ اذا نفذ العقد كان لازما ، ولا يجوز لاحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي .

٢ ـ على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالةذلك. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك .

عناصرها وشروط تطبيقها :ـ

تتألف النظرية من العناصر الآتية :ـ

١ ـ العقد الذي نشأ عنه الالتزام .

٢ ـ حوادث استثنائية عامة غير متوقعة حدثت بعد ابرام العقد خلال تنفيذه .

٣ ـ الارهاق الذي تسببه هذه الحوادث وتهدد المدين بخسارة فادحة .

٤ ـ انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول .

١ ـ العنصر الاول : العقد الذي نشأ عنه الالتزام

اي العقود تكون مجالا خصبا لتطبيق لنظرية ؟

١ ــ ان العقود المقصودة بالمادة ١٤٦ــ٢ من القانون المــدني العراقي هي العقود التي تنشيء التزامات متقابلة بين المتعـــاقدين وفي حدود هذا الشرط يجب أن يكون العقد محددا وهو العقد الذي يعرف فيه كل من الطرفين ما أخذ وما أعطى ويخرج عقد المضاربة من نطاق النظرية ، لان من طبيعة هذه العقود جسامة الكســب والخسارة ، فالارهاق متلازم مع طبيعتها ومتوقــع من المتعاقدين منذ التعاقد والنظرية في أصلها تقوم على عدم توقــع ذلك ولان طبيعة العقود (الاحتمالية) لا تنسجم مع فكرة تدخل القضــاء لاعادة التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين وبهــذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية (في ٣ــ١ــ٩٦٣) بانه يشــترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على العقود المؤجلة التنفيـــــذ الا يكون تراخي تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحـــــادث الطارىء راجعا الى خطأ المدين ، اذ لا يجــوز له أن يستفيد من هذه الحالة من تقصيره كما ان هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر اذ انها تعرض بطبيعتها المتعاقدين لاحتمال كسب كبير أو خسارة فادحة .

وفي نطاق هذا التحديد تسري النظرية على كل الالتزامات التي ترتبها العقود المحددة سواء أكانت معقـــــودة بين الاشخاص الطبيعيين أو الاشخاص الاعتياديين ، أو كانت معقـــودة بينهم وبين الادارة وتسري كذلك على العقود الادارية نفسها[1] .

٢ ــ عامل المـــدة

تنص المادة ١٤٦٧ من القانون المدني الايطالي الجــديد بانه (في العقود ذات التنفيذ المستمر أو لتنفيذ الدوري ، أو التنفيـــــذ

---

١ ــ اسعد كوراني ــ نفس المصدر

المؤجل ، اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا نتيجة ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد ، وللمتعاقد الآخر أن يرد طلب الفسخ بان يعرض تعديل شروط العقد بما يتفق مع العدالة) ويظهر من النص السابق ان المشرع الايطالي حسم كل نزاع يثور في الفقه أو في القضاء حول نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث قرر صراحة انها تنبسط على العقود (ذات التنفيذ المستمر ، والعقود الدورية التنفيذ والعقود المؤجلة لتنفيذ) •

لكن المشرع العراقي لم يحذو حذو المشرع الايطالي اذ لم يرد في نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) بيان للعقود التي تشملها نظرية الظروف الطارئة ، ولهذا يحق لنا أن نتساءل عن العقود التي تخضع لحكم النص السالف والعقود التي تخرج عن نطاقه ؟[٢]

ينقسم الفقهاء في هذه المسألة الى ثلاث فرقاء :ـ

فريق يضيق من دائرة سريان هذه العقود ويقصرها على العقود الزمنية (مستمرة كانت أم دورية) وفريق يوسع من نطاق هذه العقود فينطبق حكم النظرية عندهم على كل عقد تفصل بين ابرامه وبين تمام تنفيذه فترة طويلة نسبيا يحدث خلالها حوادث طارئة ، وفريق ثالث لا يرى للمدة تأثير في تطبيق النظرية وليست شرطا في العقود التي تسري عليها والعبرة في ذلك للتنفيذ وحده فان لم ينفذ العقد فتطبق عليه سوا أكان من العقود الفورية المؤجلة أو غير مؤجلة التنفيذ أو كان من العقود المستمرة أو دورية التنفيذ •

---

٢ ـ من محاضرات الاستاذ الدكتور حسن الذنون ـ نفس المصدر

رأي الفريق الاول

نادى بذلك الاستاذ محمد علي عرفة واخذت به محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في ٣٠ مايس ٩٥٧ وأيدها فيه الاستاذ حنفي محمد غالي والحجة التي استند اليها هذا الرأي :ـ

« انه ما دام المشرع لم يحدد العقود التي تنطبق النظرية عليها كما فعل المشروع الايطالي في المادة ١٤٦٧ فيجب أن ترس لنظرية على أساسها وان يكون العقد المراد تطبيقها عليه من العقود التي تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ ، أما لان الزمن ركن أساسي في تنفيذ الالتزام كعقود المدة ، أو لان العمل المراد تحققه يستغرق اتمامه مرور مدة من الزمن (كعقود الاستصناع) أما العقود الاخرى التي يكون التأجيل فيها تحكميا لم يقصد به الا تسهيل التنفيذ على المدين فلاتنطبق النظرية عليها .

يؤكد هذا النظر ان تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقضي بان يرد الالتزام الى الحد المعقول بالنسبة الى الحاضر فقط دون المساس بمستقبل العقد ، وهذا ما يعترف به الاستاذ السنهوري في مؤلفه[٣] .

وهو يعلل ذلك تعليلا منطقيا سائغا بقوله (فقد يزول اثر الحادث الطارىء فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التعديل وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الاصل وهذا لا يتأتى الا اذا كان العقد من خاصته التعاقب (أي انه يتضمن عدة اداءات يمكن أن يعتبر كل منها محلا لعقد مستقل ، وهو بحكم عقود متفرقة بقدر عدد هذه الاداءات فاذا طرأت ظروف تجعل التزام المدين مرهقا بالنسبة لاحدها خفف عنه

٣ ـ شرح قانون الاصلاح الزراعي ص ٤٦ـ٥٣ للدكتور محمد علي عرفة .

العبء بالنسبة الى هذا الاداء فقط وتحت ظل الظروف التي يتحتم عليه تنفيذه فيها ، وتبقى الاداءات الاخرى المستقبلة محكومة بنص العقد لا يتعدى اليها حكم القاضي ، وهذا ما يصدق بصفة خاصة على عقود التوريد وهي المجال الخصب لتطبيق النظرية .

وأما عقد البيع فهو عقد فوري بطبيعته ولا يتصور حتى مع تقسيط الثمن للتيسير على المدين أن يتحلل العقد الى عدة عقود بقدر عدد الاقساط المستحقة ، اذ ان المشتري لا يمكن أن تنتقل اليه الملكية على دفعات بل انه يتملك المبيع فورا ورغم تقسيط الثمن ومن ثم فلا يعقل أن يتصل بظروف طارئة ليتخفف من عبء الثمن بينما تخلى البائع عن ملكيته نهائيا ، وما دفعه الى هذا الشخص الاكونه اعتبر الصفقة مؤاتية فتخلى عن ملكيته مقابل الثمن المتفق عليه .

ويأخذا لاستاذ عرفة ــ على الاستاذ السنهوري مما ذكره في الوسيط من ان القانون المدني الجديد لم يأخذ بشرط التراخي في العقد مع انه قد قال ان هذا الشرط هو الاساس الذي تقوم عليه النظرية ويعرف الاستاذ عرفة العقود المتراخية بالعقود التي أصبحت تعرف في الفقه باسم عقود المدة[٤] .

ومن هذا يتضح انه لا مجال في رأي هذا الفريق من الفقهاء ، الاحتجاج بنظرية الحوادث الطارئة في صددعقود البيع التي يتفق فيها المتعاقدان على تقسيط الثمن أو تأجيله .

واذا ناقشنا رأي الدكتور عرفة على ضوء ما تقدم يظهر انه لا يقوم على أساس سليم من القانون أو الجدل الفقهي .

فالحجة التي أوردها من أن المشرع ما دام لم يحدد العقود التي تنطبق عليها النظرية كما حددها المشرع الايطالي فيجب أن يتطلب

---

٤ ــ شرح قانون الاصلاح الزراعي ص ٤٦ـ٥٣ للدكتور محمد علي عرفة

لتطبيق النظرية ان يكون العقد من عقود المدة أو عقود الاستصناع تصطدم بالاطلاق الوارد بنص الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي ، ولا يجوز تقيد هذا الاطلاق بالرأي المجرد ، ولو أراد المشرع التحديد والتخصيص لكان من الطبيعي أن يبين ذلك صراحة ، وليس من المستساغ من الوجهة التشريعية أن يكون قد أراده ولكنه لم ينص عليه .

وأما أن يتخذ الاستاذ عرفة مما ذكره الاستاذ السنهوري من أن تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة يقتصر على الحاضر فقط دون المستقبل ، دليلا على ان النظرية لاتسري الا على عقود المدة وحدها التي تتصف بصفة التعاقب والتقابل فلا يمكن التسليم بها ، فقد ذكر الاستاذ السنهوري ان النظرية تسري على كل العقود ، سواء أكانت من عقود المدة أم لم تكن ، فاذا أورد بعدئذ حكما خاصا لعقود المدة ، فبعيد جدا أن يفسر بعدم سريان النظرية على غير عقود المدة .

وأما أن الاستاذ السنهوري ذكر ان القانون المدني الجديد لم يأخذ بشرط التراخي مع انه قال ان هذا الشرط هو الاساس الذي تقوم عليه النظرية ـ فليس بصحيح ـ فالاساس الذي قال ان النظرية تقوم عليه هو طروء حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها ، ولم يقل انه التراخي في العقود ، على ان كلامه في هذا الموضوع متناسق فلا يجوز اجتزاء فقرة منه وترك سائر الفقرات ، وأما تفسير الاستاذ عرفة العقود المتراخية بانها العقود التي أصبحت تعرف في الفقة باسم عقود المدة ، فلم يتبين وجهة الحجة فيه ، فان هذه العقود كما تشمل عقود المدة تشمل العقود ذات الطبيعة الفورية اذا كانت مؤجلة التنفيذ ، فهي كلها عقود متراخية التنفيذ ، وهذا ما قال به رجال الفقه كالاستاذ سليمان مرقص واحمد حشمت وأنور سلطان ، وقد ذكر الاستاذ بلانيول وريبير واسمان ، ان النظرية تطبق على العقود اذا كان تنفيذها في

المستقبل لا في الحال ، وهذا لا يقتصر على عقود المدة وحدهـــا بل يشمل العقود الفورية المؤجلة التنفيذ[٥] •

رأي الفريق الثاني [٦]

يرى هذا الفريق ان نظرية الظروف الطارئة تنطبق على عقود المــدة وعلى العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل لان الحكمة التي من أجلهـا شرع هذا النص متوفر في عقود البيع مؤجلة الثمن كما تتوفر في عقود المدة مستمرة التنفيذ كانت أم دورية التنفيذ وهما تحقيق العدالة ورفع العنت عن المدين تمكينا له من تنفيذ التزامه دون ارهاق كبير •

والعقود المتراخية هي التي تفصل بين ابرامها وبين تنفيذ جميــــع الالتزامات الناشئة منها ، فترة زمنية طويلة نسبيا ، تسمح بتغير الظروف في خلالها وبوقوع حوادث لم تكن متوقعة[٧] وقد اعتمد هــذا الرأي الدكتور محمد عبدالجواد والاستاذ بالمعهد الاسلامي بباريس . فقــال « ان الصفة المميزة للعقود المستمرة أو الدورية التنفيذ هي مضي فترة من الزمن بين انعقــاد العقد وبين تنفيذه تسمح لتقلبــــات الظروف الاقتصادية والحوادث الطارئة أن تؤثر في قيمة الالتزام زيادة أو نقصا وقد أجمع الفقهاء على انه اذا ما وجدت هذه الصفة في عقد البيـــع الفوري فانه يكون موضوعا لتطبيق نظرية الظروف الطـــارئة ثم قال استنادا الى رأي الاستاذ (كاسان) « ان عقد البيع فوري بطبيعتــه ، ولكن قد يحدث ان يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعـــد مدة من

---

٥ ـ اسعد الكوراني ـ المرجع السابق

٦ ـ من المنادين بهذا الرأي ـ السنهوري ـ سليمان مرقس ـ عبدالحي حجازي ـ احمد حشمت ابو ستيت ـ انور سلطان ـ أســـعد الكوراني وغيرهم •

٧ ـ نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص ٣٤٠

الزمن قد تطول وقد تقصر ، ومن المؤكد ان مثل هذا العقد يجب أن تطبق عليه نظرية الظروف الطارئة[8] .

وهذا ما تذهب اليه محكمة النقض المصرية فقد قضت في حكم لها :

« ان تأجيل التنفيذ هو الباعث على حماية القانون التي قصد منها رفع العنت عن المدين واصلاح ما اختل من التوازن العقدي نتيجة للظروف الاستثنائية الطارئة ، هذا الاختلال الذي يقوم في الالتزامات المؤجلة التنفيذ كما يقوم في الالتزامات التي تنفذ بصفة دورية » .

وأكدت اتجاهها هذا في حكم آخر جاء فيه (ولا يصح الاحتجاج على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد البيع التي يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا بما أصبح به الحكم المطعون فيه من أن ارجاء دفع الثمن انما قصد به تيسير التنفيذ على المشتري فلا ينبغي أن يضار به البائع ذلك ان الاجل شرط من شروط التعاقد في الصفقة لولاه لما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه ، فلا يعتبر ، والحال كذلك ، تأجيل تنفيذ التزام المشتري تفضلا من البائع[9] .

ومن الامثلة أيضا ما اتجهت اليه محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في ٣١ تشرين ثاني ١٩٥٣ وجاء في حيثياته « ليس ثمة شك في أن عقود البيع المؤجلة التنفيذ ميدان خصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وليس بصحيح القول بان هذه النظرية لا تنطبق على العقود الفورية التي يرجأ تنفيذها الى المستقبل ويقصر تطبيقها على عقود المدة المستمرة التنفيذ ، بل هما تنطبق بدون تفريق على النوعين لعمومية نص المادة وليس ثمة من تلازم بين نظرية الظروف الطارئة وتكوين عقد المدة[10] .

---

٨ ـ أسعد الكوراني ـ نفس المصدر السابق

٩ ـ المبادىء

١٠ ـ مجلة المحاماة سنة ٣٤ ص ٧٣٥

الفريـق الثـالث

يرجح ان الغالب الاعم في تطبيق النظرية ان يمر وقت بين العقـــد وتنفيذه وهذا ما يقع في عقود المدة الفورية المؤجلـة التنفيذ ، ولكن هذا العام الغالب لا يحول دون وقوع النادر القليل ، فقد يقـع الحادث الاستثنائي بعد صدور العقد الفوري مباشرة ومثل تنفيـــذه ، وقد يتماهل الطرفان في التنفيذ دون اتفاق على التأجيل وتمر مدة طويلـــة على ذلك فيجب أن لا يمتنع تطبيق النظرية في هذه الحال ، وهذا مايدل عليه اطلاق النص وقد أخذ به الاستاذ عبدالرزاق السنهوري فقال :ـ

« ان العقد اذا كان غير متراخ وطرأت مع ذلك هـــذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وان كان ذلك لا يقع الا نادرا ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية ، ولهذا أثر القانون المصري مقتـــديا في ذلك بالقانون البولوني ــ أن يسكت عن شرط التراخي فهو شـرط غالب لا شرط ضروري[11] مثال ذلك عندما صدر قانون الاصـــلاح الزراعي واستحدث قيودا خطيرة على ملكية الارض الزراعية فالبيــوع المنجزة تأثرت بهذا الحادث الطارىء ويكفي أن يكـــون المشتري لم يدفع الثمن قبل صدور قانون الاصـــــلاح الزراعي حتى يستطيع أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة •

واني أرى ان العقد الفوري الذي تأخر فيه دفع الثمن عن تماهـل أو أي سبب آخر مهما قصرت المدة فانه من حيث النتيجة هو عقـــد فوري مؤجل التنفيذ ولو لم يتفق على تأجيل التنفيذ بين المتعاقدين •

يظهر من هذه المناقشة ان الفريق الثاني هو الرأي الراجـــح وهو الذي أيده اتجاه محكمة النقض ومحكمة القاهرة الابتدائيـة والذين سبق ذكرهما ••

---

11 ــ الوسيط ص ٦٤٢

العنصر الثاني من عناصر النظرية ـ الحوادث الطارئة ـ

يشترط في الحوادث ما يلي :ـ

١ ـ أن يكون الحادث استثنائيا

٢ ـ أن يكون عاما لا خاصا

٣ ـ أن يكون غير متوقعا

ويراد بالصفة الاولى :ـ ان يكون الحادث نادر الوقوع مما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للامور اي أن يكون بعيدا عما ألفه الناس واعتادوه •

كزلزال أو وباء أو حرب أو زحف جراد ، أو فرض تسعيرة جبرية ، أو الغاء تسعيرة كانت مفروضة وقت ابرام العقد ، او ارتفاع باهظ في الاسعار أو نزول فاحش فيها ••• الخ •

ويراد بالصفة الثانية :ـ أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين كافلاسه أو مرضه ، بل أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس كأهل بلد أو اقليم معين أو طائفة معينة منهم كالزراع أو تجار اللحوم من جهة معينة ، وعلى هذا الاساس أخذت المحاكم العراقية بان انتشار الحمى القلاعية الذي حدث عام ١٩٥٨ بشكل وبائي يعتبر ظرفا طارئا بالنسبة لمتعهدي اللحوم في المنطقتين الوسطى والجنوبية من العراق دون المنطقة الشمالية وذلك لما ثبت لديها ان هاتين المنطقتين تعتمدان في هذه السلعة على ما تورده لها المنطقة الشمالية وان هذا التوريد أصبح مستحيلا نتيجة لمنع الحكومة وانه ترتب على هذا المنع ارتفاع كبير في أسعار اللحوم في هاتين المنطقتين(١٢) •

هذا وان اشتراط صفة العموم في الحادث الاستثنائي قد لا تقتضيه نظرية الظروف الطارئة القائمة على فكرة العدالة واعادة

---

١٢ ـ من محاضرات الدكتور حسن ذنون ـ المصدر السابق ـ ص ٢٢٤

التوازن الاقتصادي الذي اختل خلال التنفيذ ، وقد كان المشروع التمهيدي في التقنين المصري الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون الحوادث استثنائية كما فعل التقنين البولوني والايطالي ولكن لجنة المراجعة ، رغبة منها في تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تتزعزع كثيرا من القوة الملزمة للعقد اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية (عامة) وقالت اللجنة في ذلك « ان المراد بهذا الوصف ان الحوادث الاستثنائية ينبغي أن لا تكون خاصة بالمدين بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الارض أو غارة منتظرة للجراد أو انتشار وباء[13] ومع هذا فان المشرع نفسه قد خرج على هذا القيد من التطبيقات التشريعية الخاصة لنظرية الظروف الطارئة من ذلك ما جاء في المادة ٧٩٢ـ١ التي تقتضى بانه اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الامر أو في أثناء سريانه مرهقا ... ويلاحظ ان هذا التطبيق التشريعي يختلف عن النص العام للنظرية من وجهتين : فهو لم يشترط أن يكون هذا الحادث الاستثنائي (عاما) وهو من ناحية أخرى اجاز انهاء عقد الايجار بخلاف النص العام الذي يقتصر على (انقاص الالتزام المرهق)[14] .

أمثلة من الاحكام على ما يعتبر حادثا استثنائيا عاما :ـ

١ ـ حكمت محكمة اسيوط الابتدائية في ١٧ شباط ١٩٥٣ بان الحرارة الشديدة غير المتوقعة تعتبر حادثا استثنائيا عاما .

٢ ـ وقضت محكمة الاسكندرية الابتدائية في ٢٦ نيسان ١٩٥٥

---

١٣ ـ الوسيط للسنهوري (ص ٧٢١)

١٤ ـ الدكتور حسن الذنون ـ نفس المصدر ـ ص ٧٥

بان هبوب عاصفة شاذة يعتبر حادثا استثنائيا عاما لم يكن في الوسع توقعه .

٣ ـ رفضت محكمة النقض السورية في ٢٩ آذار ١٩٥٢ بان وصف الحادث بالعموم لا يقتضى أن يعم الاقليم كله وانما يكفى فيه أن لا يكون خاصا بالمدين وحده[١٥] .

٤ ـ الدعوى ٣٣٣ـحقوقيةـ٥٨ بغداد

خلاصة الدعوى ـ ان المدعين تعهدوا تجهيز المستشفيات الرئيسة ببغداد بالمواد الغذائية وقد حدث خلال تنفيذ العقد ظرف استثنائي غير متوقع وهو فيضان ١٩٥٤ الامر الذي أدى الى ارتفاع أسعار المواد الغذائية ارتفاعا فاحشا لذلك طلبوا الحكم على وزير الصحة والمالية اضافة لوظيفتهما بمبلغ ١٠٠٠ دينار عن جزء من الضرر الذي أصابهم مع احتفاظهم بحق المطالبة بالاضرار الباقية فردت محكمة البداءة الدعوى ففسخ استثنائيا فقررت محكمة البداءة الحكم على المدعي عليهما بالمبلغ المدعي به فصدق تمييزا .

وجاء في القرار التمييزي ـ ان تطبيق الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني صحيح وموافق للقانون لان الضرر المدعي به كان نتيجة حادث الفيضان غير المتوقع وحيث ان التقرير جرى من قبل (الخبراء) وفق الاصول وحيث ان المادة ١١٩ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية جوزت تحليف الخبراء ولم توجبه لذلك تكون اعتراضات المميزين غير واردة والحكم المميز صحيحا

٦٣ـ٢ـ٩٥٨

ويراد بالصفة الثالثة :ـ ان تكون الحوادث الاستثنائية (غير متوقعة) ويرى الدكتور حسن الذنون ان هذا الشرط الثاني (زائد

---

١٥ ـ أسعد الكوراني ـ مؤتمر المحامين العرب في بيروت نفس المصدر السابق .

لا ضرورة له) ، فما دمنا قد اشترطنا في الحادث أن يكون (استثنائيا) فان هذا ينطوي حتما على اشتراط أن يكون هذا الحادث (غيرمتوقع) فكل حادث لا يكون (استثنائيا) الا اذا كان غير متوقع ، وعلى هذا فنحن لا نريد بعدم التوقع هنا ان ينصرف الى الحادث نفسه وانما نريد به (أثر الحادث) أي ان وصف (عدم التوقع) وصف (لاثر الحادث) لا للحادث في ذاته ، وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكم لها (٩-٦-٩١٢) :-

« ان الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق ، ان صح ان كان متوقعا بالنسبة الى العقد الثاني فان (مدى) هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الاول ١٦٠٠ر١ جنيها بالنسبة للكيلو ، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة الى العقد الثاني ٢٨٨٠ر٢ جنيها ، ثم أصبح وقت الشراء ٠٥٠ر٤ جنيها ومن ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة ، أما محكمة القضاء الاداري المصرية فقد رفضت الاخذ بوجهة النظر هذه وجعلت (غير المتوقع) وصفا في (الحادث) نفسه لا في (أثر) هذا الحادث وعلى هذا الاساس قضت « بان الاعتداء الثلاثي على مصر كان امر يجب أن يتوقعه المدعي عند ابرام العقد ، اذا كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولي وما يصحبه من ارتفاع الاسعار ، فاذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر الى هذه الحرب فانها كانت متوقعة من كل سوري — ومن ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظروف الطارئة[١٦] .

واني اتفق مع استاذي الدكتور حسن الذنون انه اذا انصرف التوقع الى أثر الحادث فيستوي مدلول اللفظتين (استثنائي) و(غير متوقع) ويكون من باب التكرار الزائد وهذا ما ذهب اليه القانون

---

١٦ — الدكتور حسن الذنون — نفس المصدر السابق — ص ٧٥-٧٦

المدني الايطالي فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي « في العقـــود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجـــل اذا أصـــبح الالتزام لاحدالمتعاقدين مرهقا على أثر ظروف استثنائية ، جازللمتعاقد ٠٠٠٠ الى آخر النص ٠

فوصف الظروف بانها استثنائية فقط ولم يصفها بانها غير متوقعـة واختلف معه اذا انصرف التوقع الى الحادث وليس الى أثره كما اتجهت محكمة القضاء الادارية المصرية في حكمها المذكور عنـــد ذلك يمكن القول (ان كل حادث غير متوقع هو استثنائي ولكن ليس كل حـادث استثنائي غير متوقع) ٠

فحادث الفيضان في العراق في السنة الماضية كان حادثا استثنائيـا متوقعا ولكن حادث الفيضان لهذه السنة غير متوقع بالنسبة لســعة الاراضي التي غمرها في منطقة الرميثة وغيرها فالمتوقع وعدمـه يكون بالنسبة لجسامة حالة الحادث هل شديدة أم طفيفة ؟

فارتفاع مناسيب المياه في دجلة والفرات متوقعة كل ســـنة في مواسم معينة ولكن فيضان سنة ١٩٥٤ كان جسيما وغمر أراض كثيـرة مما سبب ارتفاع أسعار المواد الغذائية ارتفاعا فاحشا لذلك شاهدنا ان محكمة الاستئناف ومحكمة تمييز العراق اعتبرته ظرفا استثنائيا غيـر متوقع كما ذكر في الحكم السابق كذلك فيضان سنة ١٩٦٨ سيؤثر على زراعة الارز في منطقة الرميثة ما لم ينحسر الماء عنها ٠

وهذا ما وضحته لجنة مراجعة المشروع التمهيدي للتقنين المصـري الجديد ٠ فقد وصفت الفيضان الغير المتوقع اشترطت فيـــه أن يكون (فيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق ساحة واسعة من الارض) ٠

وجاء في مؤتمر المحامين العرب في بيروت عند بحث نظرية الظروف الطارئة ما يلي :ـــ

وأما فيضان النيل وانتشار دودة القطن في الاقليم المصري فليسـا

من الحوادث الاستثنائية رغم صفتها العامة لانهما مألوفان ومتوقعان الا اذا بلغا من الجسامة حدا غير مألوف فيعتبران آنئذ من الحوادث الاستثنائية العامة[17] .

فحادث فيضان النيل عندما لم يكن جسيما كان حادثا استثنائيا متوقعا ولما أصبح جسيما يغمر اراضى واسعة فيكون عندئذ حادثا استثنائيا غير متوقع .

هذا وان كافة النصوص في القوانين المدنية العربية وفي القانون المدني البولوني المختصة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة اشترطت في الحادث أن يكون حادثا استثنائيا غير متوقع .

فيجب كذلك أن يكون الحدث الاستثنائي غير المتوقع مما لايمكن دفعه ولا التحرز منه ، والا فلا تنطبق عليه النظرية ، لان المدين مكلف بازالة كل ما يعوقه عن تنفيذ التزامه . واذا كان الحادث مما يمكن دفعه أو التحرز منه فيستوى أن يكون متوقعا أو غير متوقع فاذا اهمل المدين تنفيذ التزامه ولم يدفع الحادث الممكن دفعه فيكون قد أخطأ وبالتالي ليس له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة فلو أن متعهدا تأخر في تنفيذ التزامه حتى وقعت حرب الشرق الاوسط التي اغلقت قناة السويس على أثرها فاضطر الى شحن البضائع عن طريق رأس الرجاء الصالح العام وكبد ذلك مصاريف اضافية طائلة الحقت به خسارة فادحة فليس له أن يستند الى نظرية الظروف الطارئة .

تحديد مفهوم الحادث نوعه

هل المقصود فيه أن يكون حادثا ماديا كزلزال أو فيضان أو حرب ، أو يكفي أن يكون مطلق حادث مهما كان نوعه ومصدره وانما حسبه أن يكون حادثا استثنائيا غير متوقع فيستوي أن يكون طبيعيا أو

---

١٧ ــ اسعد الكوراني ــ نفس المصدر

اقتصاديا أو من عمل الانسان أو من عمل الحكومة أو اجـراء اداريا أو عملا تشريعيا كالقانون •

اذا رجعنا الى نص القانون رأينا في عمومه واطلاقه ما يدل على أن الحادث يشمل كل أنواعه بلا تمييز بين سببه ومصدره •

واذا رجعنا الى الغاية التي من أجلها شرعت نظرية الحـــوادث الطارئة في الاصل فقبلت في القانون المصري وفي القـانون البولوني والايطالي ، رأيناها تقوم على أساس من رغبـــة الشارع في تخفيف الارهاق الذي أصيب به المدين بسبب حادث طارىء لا يد له فيه فالمهم اذن هو الارهاق وليس المصدر الذي نشأ منه الحادث الذي ســببه اذا كان استثنائيا عاما غير متوقع فالحادث واحد سواء أكان طبيعيــا أو اجتماعيا أو حكوميا ، ليس بالمستطاع ان يؤدي حادثان الى اختـــلال اقتصاديات العقد وارهاق المدين وقد اجتمعت في كليهمـــا شروط النظرية فيؤخذ باحدهما لانه من عمل الطبيعة ولا يؤخذ بالآخر لانه من عمل الانسان أو الحكومة أو التشريع فارتفاع الاسعار كما ينشـأ من حرب غير منتظرة ، فقد ينشأ من تشريع ، فكيف يتخذ ســببا لتعديل الالتزام تطبيقا لنظرية الحوادث الطارئة اذا كان ســـببه الحرب ، ولا يتخذ كذلك اذا كان بسبب القانون ؟[١٨] •

وهكذا اتجه مجلس الدولة في فرنسا وتوسع توسعا كبيرا في نوع الحادث وأسبابه كما بينا سابقا •

اذن فنص القانون بعمومه يشمل كل هذه الحـوادث دون تمييز ، وعلى هذا يعتبر قانون الاصلاح الزراعي (سواء في مصر أو العراق) حادثا استثنائيا عاما و التالي مجالا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهذا ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية في حكم قديم لها (صــادر في

---

١٨ ـ الدكتور حسن الذنون ـ المصدر السابق

٣١-١٠-٩٥٢) جاء فيه قامت في البلاد المصرية ثورة على الاوضاع التي كانت قائمة اتت أكلها يوم ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وترتب عليها الغاء الملكية وقيام حكومة الثورة ، وكان ضمن الاسس التي احتضنتها القضاء على نظام الاقطاع والتقريب بين مختلف الطبقات وايجاد توازن بين الغنى الفاحش والمسغبة المدقعة ، وكان في مقدمة التشريعات التي سلكت بها الثورة طريقها لتحقيق اهدافها قانون الاصلاح الزراعي ..

وما دار هذا الحادث في خلد احد ، وما كان متوقعا حدوثه في الوقت الذي ارتبط به الطرفان تعاقدهما ، وما كان لاحدهما دخل في أحداثه أو وسع أحدهما دفعه .. واصدار هذا القانون انتج انخفاضا كبيرا في ثمن الاطيان والقيمة الجارية لها .. فهذه الدعوى حقل مثالي لتلك النظرية)) .

وجاء في حكم محكمة النقض والابرام (١٨-٢-٩٦٥) ان الشروط التي يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت في قانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ فهو بحكم كونه قانونا يعتبر حادثا عاما ، كما انه حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه ولا يمكننا دفعه ، ولا يغير من ذلك كونه (تشريعا) ذلك ان نص المادة ١٤٧-٢ من القانون المدني قد أطلق التعبير عن الحادث فلم يقيده بان يكون عملا أو واقعة مادية[١٩] .

وقضت محكمة حلب الجزائية في ١٧ آب ٩٥٦ باعتبار قانون الاصلاح الزراعي حادثا استثنائيا عاما يدخل في مفهوم المادة ١٤٧-٢ من القانون المدني .

وقد سارت محكمة التمييز في الجمهورية العراقية على هذا النهج فقد جاء في حكم حديث لها (١٧-٦-٩٦٧) صادر عن الهيئة العامة

---

١٩ - مجموعة المبادىء القانونية ص ٧٣٨ بدلالة الدكتور حسن الذنون في المصدر السابق ص ٧٦

(تبين أن العقد المبرم بين الطرفين وان نص على اجراء الفراغ في دائرة الطابو عند تسديد الثمن الا انه لم يعين فيه يوم محدد لاجـراء ذلك ، كما لم يعين فيه يوم محدد لاجراء ذلك ، كما لم يعين أحـــد الطرفين تاريخا معينا له بعقد لاحق او بانذار ، وقد تراخى الطرفان في تنفيـذ العقد لعدم تسديد بقية الثمن حتى ادركهما قانون الاصـلاح الزراعي وهو من الظروف الطارئة التي أخلت بالتوازن الاقتصادي المتعلـــق بالعقارات .

ويحق لنا أن نتساءل الآن عن ماهية (التوقع وعدمـــه) وما هو الضابط الذي نتعرف به على الحادث لنصفه بعد ذلك بانه (متوقـع) أو غير متوقع ، يقول الدكتور حسن الذنون في ذلك[٢٠]

انا نرفض في هذا الصدد الاخـــذ بالمعيار الذاتي أو الشخصي ، ونرى ضرورة الاخذ بالمعيار الموضوعي ومعنى هذا ان الحـادث يعتبر غير متوقع اذا لم يكن في مقدور الرجل العادي توقعه والقول بغيـــر هذا المعيار يتنافى مع الاساس الذي اقيمت عليه نظرية الظروف الطارئة اذ من المعروف ان أساس هذه النظرية هو فكرة (العدالة) والاخـذ بالمعيار الشخصي يتنافى مع العدالة اذ من شأنه أن يكافيء المهمل غيـر المتبصر على اهماله وعدم تبصره ويعاقب الحريص الحازم المتبصـر على حرصه وحزمه وتبصره وفي المذكرة الايضاحية للمشروع المصـــري تأييد لما نقول :

فقد جاء في هذه المذكرة (انه اذا كانت نظرية الطواريء غيـــر المتوقعة تستجيب لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، فهي تستهدف للنقـــد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضي ، بيد ان المشرع قد جهد في أن يكفـل لها نصيبا من الاستقرار ، فأضفى عليها (صبغة مادية) يتجلى أثرها في

---

٢٠ ــ من محاضرات الدكتور حسن الذنون ــ المصدر السابق ــ ص ٧٧

تحديد الطارىء غير المتوقع فلم يترك امره للقضاء يقدره تقديرا ذاتيا أو شخصيا كما فعل التقنين البولوني في نصه على اثبات خيار المحكمة في هذا الصدد (اذا رأت ضرورة لذلك) « بل اتخذ المشروع عبارة ، ان اقتضت العدالة ذلك » بديلا من هذا النص وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الاشارة الى توجيه موضوعي النزعة .

العنصر الثالث ـ شرط الارهاق

جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بهذا الخصوص :

(ان نظرية الحوادث الطارئة نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها . فمن الاهمية بمكان أن نستبين وجود التفرقة بين النظريتين ، فالطارىء غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم ، ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ الى حد الاستحالة .

ويظهر من نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي ان الشارع قد عرف الارهاق بانه ما يهدد المدين بالخسارة الفادحة . ولكن هذا التعبير واسع جدا لايتبين منه متى تكون الخسارة فادحة أو لا تكون كذلك وان كان يقرر ان الخسارة المألوفة لا تبرر الاخذ بالنظرية .

والمهم في هذا الموضوع تحديد الارهاق أو الخسارة الفادحة ، وهل ينظر في ذلك الى شخص المدين أو الى الصفقة في ذاتها ؟

الارهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارىء مرن يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون

مرهقا لنفس المدين في ظروف اخرى والمهم ان يكون تنفيـــذ الالتزام يهدد المدين بخسارة فادحة ولا تكفي الخسارة المألوفة في التعامل فان التعامل مكسب وخسارة •

وان تحقق شرط الارهاق المهدد بالخسارة الفادحة ممـــا يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وان هذا التحقق يجب أن يقتصـر على الصفقة محل التعاقد ذاتها وفي ذلك يقـــــول الاستاذ الدكتور السنهوري (وارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التي ابرم في شأنها العقد ، فلو ان المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلـــــغ أضعاف الخسارة المألوفة كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعـد شيئا بالنسبة الى مجموع ثروته ، نعم ان ثروة المدين تكون الى حـــد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيـــرا كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ومن كان ثريـــا وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة اليه أضعاف الخسارة المألوفـة ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقـــة ، فتنسب الخسارة الى هذه الثروة لا الى مجموع ثروة المدين فاذا تعاقد الفرد مع الحكومة وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها بالنسبة اليه ، فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله بهـــذه النظرية اذا كانت الصفقة التي عقدتها يتهددها بخسارة فادحة بالنسـبة الى الصفقة في ذاتها ، ولا يعتد بان الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هي شيء هين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة ، بل الارهـــاق لا ينتفي حتى لو كان المدين قد اسعفته ظروف مواتيـــــة لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها ، فاذا التزم تاجر بتوريد قمـح وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمـــح لحادث طارىء اضعافا مضاعفة جاز له أن يتمسك بنظـــــرية الظروف

الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به[٢١] .

كيف يستطيع القاضي أن يقدر الخسارة الفادحة ؟

هناك معياران :ـ

١ ـ المعيار الموضوعي وبواسطته يحدد الفرق بين قيمة الالتزام المذكور في العقد وقيمته الفعلية بعد حدوث الظرف الطارىء ليستطيع أن يعرف ما اذا كان هذا الفرق يصل الى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين :ـ

مثلا :ـ اذا كان السعر المحدد لاردب الشعير في عقد التوريد هو ستون قرشا والتقلب العادي لسعره يجعله يتردد بين أن يرتفع الى (ثمانين قرشا) أو يهبط الى (اربعين قرشا) فما زاد على ذلك ارتفاعا أو هبوطا يعتبر تقلبا غير عادي لهذا السعر .

٢ ـ المعيار الشخصي وبواسطته تبحث حالة المدين من حيث ثروته ووسائله لمعرفة ما اذا كان تنفيذ الالتزام يرهقه أم لا ؟

فلا يمكن بحال من الاحوال أن نعامل فلاحا أو مزارعا صغيرا أو عاملا أو تاجرا صغيرا كما نعامل مهندسا أو شركة كبيرة لديها مستشاروها الاقتصاديون والتجاريون وتملك أحدث المعدات .

فدرجة توقع تقلب الاسعار ارتفاعا وهبوطا تختلف اختلافا كبيرا بالنسبة لاختلاف المتعاقدين كما ان الوقت والظروف التي يتم فيها التعاقد تؤثر في تحديد درجة تقلب الاسعار فتوقع تقلبها في حالة السلم أضيق كثيرا من درجة تقلبها في حالة الحرب أو الازمات الاقتصادية ، وقد اشارت محكمة النقض الى هذا المبدأ وقضت (بان

---

٢١ ـ الوسيط للسنهوري ص ٧٢٤ . محاضرات الدكتور حسن الذنون ـ نفس المصدر ص ٧٩

ارتفاع سعر اللحم لم يكن ظرفا طارئا غير متوقع اذ ان كل متبصر بالامور يتوقع زيادة فيه ما دامت الحرب قائمة) .

ويفضل المزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي (لتقدير شرط الارهاق) لان الاخذ بالمعيار الموضوعي وحده يؤدي الى اهمال ظروف المدين بالتنفيذ اهمالا تاما وهذا أمر تأباه العدالة وينكره الواقع الملموس .

كما ان الاخذ بالمعيار الشخصي وحده يدخل القاضي في محيط لا شاطيء له من الحالات التي تختلف وتتفاوت باختلاف الافراد[٢٢] .

هذا ويجب أن يراعى مبلغ الالتزام عند تقدير الخسارة فان ارتفاع الاسعار الى ثلاثة امثالها أو هبوطها بنسبة ٣٠٪ قد لا يؤلف خسارة فادحة في التزام لا يتجاوز عشرة آلاف ليرة ولكنه يبلغ حد الجسامة التي ترهق الملتزم اذا كان مبلغ الالتزام خمسة ملايين ليرة ، فالراجح اذن أن يترك تحديد المقدار الذي تصبح فيه الخسارة فادحة الى التقدير دون وضع ضابط عام لا يمكن تجاوزه .

وعلى هذا فالمقصود بالخسارة الفادحة هو ما يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، فتكون الخسارة فيه جسيمة تخرج عن حدود ما هو مألوف ومعروف وتجعل الزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ضربا من الظلم وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في ٨ آب ١٩٢٤ بان الخسارة تكون فادحة اذا تجاوز السعر اقصى حد يمكن أن يدخل في حساب المتعاقدين وقت ابرام العقد[٢٣] .

وقد يحدث في العمل أن يمارس المتعاقد مع الادارة عدة أنواع من النشاط يقوم بينها اتصال يختلف قوة وضعفا بحسب الاحوال ،

---

٢٢ ــ شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة للدكتور محمد عبدالجواد محمد (جامعة القاهرة ــ فرع الخرطوم) ص ٥٧٣ ــ ٥٧٥ .

٢٣ ــ مؤتمر المحامين العرب ــ نفس المصدر

فكيف يقدر الارهاق في هذه الحالات ؟

تقوم الحلول التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي في مثل هذه الحالات على الاسس التالية[24] :

أ ـ يجب أن يوضع في الاعتبار ، عند تقدير الارهاق ، جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد والتي يقوم بينها اتصال وثيق بحيث يمكن اعتبارها فرعا من الالتزام الاصلي في العقد .

فاذا كان العقد عقد امتياز مثلا ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم في شركة التزام اخرى مماثلة فيجب أن يحسب في تقدير الارهاق ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح الشركة الاخرى ، كما يتعين ان يدخل في أرباح الشركة أيضا حصيلة ما تبيعه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الاستغلال الاصلي اي يجب أن ينظر في هذه الحالة الى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الاصلي .

ب ـ واذا كان المتعاقد يمارس أوجها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد ، كتنفيذ اشغال عامة وادارة مرافق عامة عن طريق الالتزام أو توريد بضاعة للادارة فيجب عند تقدير الارهاق الذي يتعرض له المتعاقد أن يوضع في الاعتبار جميع الاعمال المنصوص عليها في العقد .

جـ ـ لا يدخل في حساب الارهاق المتصل بعقد بعينه نتيجة النشاط الذي لا يعتبر فرعا من الالتزام الاصلي المنصوص عليه في العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد ، وأوضح مثال لهذه الحالة أن يمارس المتعاقد نشاطا واحدا بمقتضى عقدين

---

٢٤ ـ الدكتور حسن الذنون ـ نفس المصدر ص ٧٩ـ٨٠ الطماوي ـ العقود الادارية ص ٦٧٦ـ٦٧٧

مختلفين ، لاختلاف جهة الادارة المتعاقدة في كل من العقدين ، ففي هذه الحالة يقدر الارهاق بالنسبة الى كل عقد على حدة .

د ـ لا يدخل في حساب الخسائر ، الارباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارىء ، أو الارباح المحتملة التي قد يجنيها المتعاقد في المستقبل بعد زوال هذا الظرف الطارىء .

هـ ـ لا يدخل في حساب الخسائر ـ الخسائر التي تحملها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارىء اذ تقع هذه الخسائر على المتعاقد وحده باعتبارها ضربا من ضروب المخاطرة التي يتعرض لها المتعاقد عادة .

رأينا المعايير التي يستند اليها القضاء في فرنسا ومصر والعراق في تحديد درجة الارهاق والشيء بالشيء يذكر أن نجد التعريف الذي وضعه فقهاء الاحناف للعذر الذي يجيز فسخ عقد الايجار عندهم يتفق مع التسمية التي أطلقها مجلس الدولة الفرنسى على الارهاق :ـ

فالعذر عند هؤلاء الفقهاء هو (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر لم يستحقه بالعقد)[٢٥] .

فالضرر الزائد يقابل الارهاق ، والارهاق لم يستحق بالعقد (لان تنفيذ العقد بالوضع الذي اتفق عليه المتعاقدان لا يقتضى تحمل الضرر الزائد ، ويقابل ذلك في القانون انه لم يكن متوقعا عند التعاقد بمعنى ان المتعاقدين يتوقعان عند التعاقد العذر المحتمل أو العادي للخسارة أو المكسب وما تجاوز هذا العذر المحتمل (فهو غير مستحق بالعقد) لانه ضرر زائد فلا يلتزم المتعاقد به لانه خارج عن حدود الالتزام المحدد بالعقد ، أما مجلس الدولة الفرنسى فيسمى القدر الزائد عما كان يتوقعه

---

٢٥ ـ فتح القدير ج ٧ ص ٢٢٦ ، كنز البيان للنسفي ص ١٩٩ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٨ ص ٤٠ ، مجموعة الانهر شرح ملتقى الابحر ص ٣٩٨

المتعاقدان عند التعاقد (العبء الخارج عما يقتضيه العقد) •

العنصر الرابع ـ انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول[٢٦]

الجزاء في نظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها يجوز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك (ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) ••

ويظهر من ذلك ان النص حول القاضي سلطة تعديل العقد وذلك عن طريق انقاص الالتزام المرهق الى الحد الذي تقضي به قواعد العدالة ، وقد استبدل القانون المصري لفظة (رد) بكلمة (انقاص) لان القاضي قد يرى زيادة الالتزام المقابل أو الى وقف التنفيذ مدة قصيرة فهو في الواقع بجعل القاضي مطلق الحرية في معالجة الموقف كما يقول الاستاذ السنهوري فللقاضي بمقتضاه أن ينقص الثمن المتعاقد عليه اذا هبطت الاسعار في عقود البيع ، أو ينقص الكمية المتعاقد عليها في عقود التوريد اذا قلت البضاعة في الاسواق وأن يزيد الثمن اذا ارتفعت الاسعار أو يوقف تنفيذ الالتزام اذا كانت الظروف الطارئة ذات طبيعة موقتة أو انها على وشك الانتهاء والضابط في كل ذلك أن يزيل من الالتزام كل ما يجعل تنفيذه مرهقا يهدد المتعاقد المدين بخسارة فادحة •

ومهما يكن من أمر فان المشرع العراقي لا يقصد بكلمة الانقاص « الانقاص المادي » •

وانما اريد بها تعديل الالتزام بتخفيض عبئه عن المدين •

---

٢٦ ـ الدكتور حسن الذنون ـ المصدر السابق ـ ص ٨٢ـ٨٥ ، اسعد كوراني ـ مؤتمر المحامين العرب ـ المصدر السابق

وفي هذا الحكم الذي برمته القانون على الحادث الطارىء يختلف القانون المدني العراقي عن القانونين المدني البولوني والايطالي ، فالقانون البولونى أجاز للمحكمة أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره وأن تقضى بفسخ الالتزام ، وأما القانون الايطالي فيبدو كما يقول الاستاذ السنهوري انه قد تحاشى تعديل العقد من قبل القاضى فتركه للمتعاقد ، فنص على ان للمتعاقد المدين أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرء طلب الفسخ بان يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة .

واعطاء المدين حق فسخ العقد يتنافى مع العدالة لانه يحمل الدائن وحده عبء الظرف الطارىء ويترتب على هذا ان على المتعاقد الذي يتمسك بالظرف الطارىء أن يستمر فى تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارىء فاذا توقف عن التنفيذ عرض نفسه للسيزات المنصوص عليها في العقد ولا سيما لغرامات التأخير ولا يشفع له الظرف الطارىء .

كيف يقوم القاضى بعملية انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ؟

من العسير جدا وضع قاعدة عامة في هذا الشأن لاختلاف كل حالة عن الاخرى في طبيعتها وظروفها الخاصة وما تقتضيه لرفع الارهاق من الالتزام ولكن مع ذلك يمكن الاسترشاد بالقواعد التالية :ـ

القاعدة الاولى ـ يتحمل المدين وحده الخسائر المألوفة المتوقعة فلا تدخل هذه الخسائر في حساب الارهاق مثال ذلك اذا انصب العقد على توريد كمية معينة من القمح بسعر قدره (٣٥ طن) دينار للطن ثم ارتفع السعر الى ٦٠ دينارا للطن وكان من المألوف ارتفاع

الحنطة في مثل هذه الاحوال والاوقاف الى ٤٠ دينارا للطن فان هذه الزيادة المألوفة (خمسة دنانير) يتحملها المدين وحده .

القاعدة الثانية ـ تقضى فكرة العدالة التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة بان يشترك الطرفان في تحمل نتائج هذه لظروف. وقد ذهب الاستاذ السنهوري الى تفسير هذا الاشتراك بتقسيم مبلغ الارهاق بالتساوي بين الدائن والمدين وقد مثل لذلك بالمثل الذي ضرب في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وهو (تعهد تاجر بأن يورد الف اردب من الشعير بسعر ستين قرشا للاردب فيرتفع السعر الى أربعة جنيهات .

فاقتضى ان الارتفاع المألوف في سعر الشعير عشرون قرشا ، وهذا ما يجب أن يتحمله المدين فلا يدخل في تحديد مبلغ الخسارة ، فينزل من الزيادة التي لحقت السعر المتفق عليه ، فيصبح الارتفاع غير المألوف ثلاثمائة وعشرون قرشا فيقسم القاضي مناصفة بين الطرفين ويرفع السعر من ٦٠ قرشا الى ٢٢٠ قرش . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه .

وقد سار القضاء العراقي على هذا الرأي فهو بعد أن يخصم الخسارة المألوفة ويجعلها على عاتق المدين وحده يقسم الخسارة غير المألوفة مناصفة بين الدائن والمدين .

ويلاحظ على هذا الرأي ملاحظتان :ـ

الاولى ـ ان الاساس الذي تقوم عليه نظرية الحوادث الطارئة هو تضحية من المتعاقدين وليس اخلاء ايهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة وهذا الاساس لا يوجب ان يكون تحمل الخسارة من الطرفين برقم واحد في كل الظروف بل العدالة تفرض عدم المساواة الحسابية في هذه لتضحية لان من الالتزامات

التعاقدية ما يكون دقيقا معقدا لا يمكن معه انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول بتنصيف الخسارة الفادحة وتقسيمها بين الطرفين ولذلك نرى أن يكون اشتراك المتعاقدين في الخسارة بالنسبة التي يحددها القاضي بعد ملاحظة الظروف والموازنة بين مصلحة الطرفين دون التقيد بقاعدة حسابية ثابتة •

الملاحظة الثانية ـ ان مجلس الدولة الفرنسي ، اذا كان قد استمسك بضرورة مشاركة الطرفين في تنائج هذا الارهاق ، الا ان قضاءه في هذا الصدد لا يجري على قاعدة واحدة بالنسبة لمقدار مشاركة كل من الطرفين والنسبة المئوية التي يلتزمها مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه بالنسبة للعقود التي تبرم مع الدولة (أي بالنسبة للعقود الادارية) هي أن تتحمل الدولة ٩٠٪ من الخسائر وقد يحملها في بعض الحالات النادرة ٨٠٪ و٩٥٪ من هذه الخسائر[٢٧]•

القاعدة الثالثة ـ

ان الدائن لا يلتزم بتعديل الالتزام ، ولا سيما اذا أدى الى زيادة الاسعار ، فله أن يقبل بالتعديل أو يطلب فسخ العقد وعلى القاضي أن يخيره بين الامرين لاختيار أحدهما •

القاعدة الرابعة

وتطبق على الغالب في عقود المدة أو في العقود ذات التنفيذ المؤجل ان رد الالتزام الذي صار مرهقا الى الحد المعقول ، وليس ذا صفة دائمة ، وانما هو موقت (يقتصر على الحاضر دون المستقبل) فاذا زال الطارىء الذي جعل الالتزام مرهقا زال معه التعديل ورجع العقد الى ما كان عليه • وقد يستجد بعد التعديل حوادث طارئة أخرى • أو يشتد الطارىء الاول أو يخف ، فليس ما يمنع القاضي من اعادة النظر في التعديل الذي قضى به بالزيادة أو بالنقصان •

---

٢٧ ـ الدكتور الطماوي ص ٦٩١

نصت العبارة الاخيرة من الفقرة الثانية من المـــادة (١٤٦) من بطلان كل اتفاق على استبعاد أحكام النظرية عند ابرام العقد وبهـذا تعتبر النظرية من النظام العام وفي هذا الحكم يختلف القانون المـدني العراقي وقوانين الدول العربية التي أخذت بتطبيق النظـــرية عن القانونين البولوني والايطالي لانهما لم يعتبرا النظرية من النظام العام وكان المشروع التمهيدي للقانون المصري لا يتضمن هـــذا الحكم ، ولكن اقترحت اضافة في لجنة المراجعة وان الاســتاذ السنهوري يوضح ذلك فيقول (الجزاء قد يغدو صوريا لا قيمة له اذا ســمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على ما يخالفه فيستطيع المتعاقد القوي أن يملي شروط المخالفة دائما على التعاقد الضعيف وهذا ضــرب من الاذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص) .

واذا كان القانون قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعــة القوة القاهرة (٢٥٩ــ١) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارىء وهو أقل خطرا من القوة القاهرة انما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطرا أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارىء فمغامرة قد تهون حالــة الاضطرار الاقـــدام عليها[٢٨] .

ويعلل الدكتور سليمان مرقس بقوله (ان المشرع يشعر بان الحكم الذي استحدثه بشأن الظرف الطارىء حكم لم يألفه الناس ، وبان فيه حرمانا للدائنين من مزية قديمة نخشى أن يعمد الدائنون الى التخلص منه بالاتفاق على ما يخالفه فنص على بطلان هذا الاتفـــاق أما حكم القوة القاهرة فهو حكم تقليدي مستقر في النفوس من أزمنة طويلــة

٢٨ ــ الوسيط ص ٦٤٩ هامش ٢

ولا يخشى أن يعمل الناس على ابطاله بصورة عامة فاجيز لهم الاتفاق على ما يخالفه[29] •

وحيث ان نظرية الظروف الطارئة تقرر احكاما تعتبر من النظام العام وعلى هذا فانها تسري بأثر فوري على الوقائع التي تستجد بعد صدوره ولو نشأت من عقد سابق ابرم قبل تاريخ نفاذ القانون •

١ ـ نظرة الميسرة ـ تنص الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي على ما يلي :ـ (فاذا لم يكن الدين مؤجلا أو حل أجله وجب دفعه فورا ، ومع ذلك يجوز للمحكمة عند الضرورة اذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين الى أجل مناسب اذا استدعت الحالة ذلك ولم يلحق الدائن من هذا ضرر جسيم) •

ويعني ذلك ان القاضي عندما يتأكد ان المدين معسر لظروف استثنائية وانه حسن النية فانه ينظره الى أجل مناسب لايفاء الدين على شرط ألا يلحق الدائن ضرر جسيم بسبب هذه المهلة • ويختلف هذا النص عن القواعد العامة لنظرية الظروف الطارئة هو ان الالتزام باق على حاله فقط ان المدين أعطى مهلة مناسبة لايفاء الدين •

٢ ـ طلب فسخ الايجار

تنص المادة ٧٩٢ من القانون المدني العراقي على ما يلي :ـ (اذا كان الايجار محدد المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب فسخ العقد قبل انقضاء مدته اذا حدثت ظروف من شأنها أن تجعل تنفيذ الايجار من مبدأ الامر أو في أثناء سريانه مرهقا على أن يراعى من يطلب الفسخ مواعيد التنبيه بالاخلاء المبينة في المادة ٧٤١ وعلى أن يعوض

---

٢٩ ـ نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ص ٣٤٥

الطرف الآخر تعويضا عادلا) ويختلف هذا النص عن القواعد العامة لنظرية الظروف الطارئة بنقطتين :ـ

أ ـ لا تشترط صفة العموم في الظروف الاستثنائية بينما في نظرية الظروف الطارئة يشترط ذلك •

ب ـ يجيز النص لكل من المتعاقدين أن يطلب الفسخ بينما نظرية الظروف الطارئة لا تجيز ذلك ، بل تجيز انقاص الالتزام فقط •

وتنص المادة ٧٩٣ (يجوز للمستأجر اذا كان موظفا أو مستخدما اذا اقتضى عمله أن يغير موطنه أن يطالب فسخ ايجار مسكنه اذا كان هذا الايجار محدد المدة على أن براعى المواعيد المبينة في المادة ٧٤١) •

يختلف هذا النص عن القواعد العامة لنظرية الظروف الطارئة هو ان النص يجيز للمستأجر أن يطالب فسخ العقد بينما النظرية لا تجيز الا انقاص الالتزام فقط •

٣ ـ تعديل عقد المقاولة ـ تنص المادة ٨٧٨ على ما يلي : (ليس للمقاول اذا ارتفعت أسعار المواد الاولية واجور الايدي العاملة أن يستند الى ذلك ليطالب زيادة في لاجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حدا يجعل تنفيذ العقد عسيرا على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهيارا تاما بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة جاز للمحكمة أن تقضى بزيادة الاجرة او بفسخ العقد) •

هذا النص تطبيق خاص ويختلف عن القواعد العامة للنظرية ، لان النص يجيز للقاضى أن يحكم بفسخ العقد بينما نظرية الظروف الطارئة لا تجيز ذلك بل تجيز انقاص الالتزام فقط •

٤ ـ تخفيض أجر الوكيل

تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٠ بانه (اذا اتفق على اجر للوكالة كان هذا الاجر خاضعا لتقدير المحكمة) وهنا قد يكـــون النص في بعض الصور تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة اذا حدث بعـــــد ابرام الوكالة حادث طارىء يبرر تخفيض أجر الوكيل •

٥ ـ المادة ٨٠٠

تنص المادة ٨٠٠ من القانون المدني العـراقي على ما يلي : (اذا غلب الماء على الارض المؤجرة فاستبحرت ولم يسكن زرعها أو انقطع الماء عنها فلم يسكن ريها ولم يكن للمســـتأجر يد في ذلك فلا تجب الاجرة أصلا وللمستأجر فسخ الاجارة •

٦ ـ المادة ٨٠١

١ ـ تنص هذه المادة من القانون المدني العراقي انــه (اذا زرع لمستأجر الارض المؤجرة فأصاب الزرع قبل حصاده آفـــة فهلك : وجب عليه من الاجرة حصة ما مضى ما المدة قبل هلاك الزرع وسقط حصة ما بقى من المدة بعد هلاكه الا اذا كان متمكنا من زراعة مثـل الاول أو بدونه في الضرر فتجري حصة ما بقى من المدة أيضا •

٢ ـ ولا سبيل لاسقاط الاجرة أو بعضها ، اذا كان المستأجر قد نال تعويضا عن ضرره من شركة ضمان أو من جهة أخرى •

٧ ـ المادة ٨٠٢

١ ـ تنص هذه المادة من القانون المدني العراقي على ما يلي :ـ

أ) ليس للمستأجر أن يطلب اسقاط الاجرة أو انقاصها اذا هلـك المحصول بعد حصاده ما لم يكن متفقا على أن يكون للمؤجر جـزء معلوم من المحصول • فيتحمل المؤجر نصيبه فيما هلك ، على أن يكون الهلاك قد وقع بخطأ المستأجر أو بعد اعذاره بالتسليم •

ب) لا يجوز للمستأجر أيضا أن يطالب اسقاط الاجرة ، اذا كان سبب الضرر متوقعا وقت انشاء العقد .

٨ ـ المادة ٨٠٣

تنص هذه المادة من القانون المدني العراقي انه (اذا انقضت الاجارة وبالارض زرع لم يدرك أوان حصاده لسبب لا يد للمستأجر فيه ، ترك له بأجر المثل الى أن يدرك حصاده) .



البحث الثالث

النصوص التشريعية للنظرية في القوانين المدنية العربية والغربية

لقد سبق القانون البولوني[1] كافة القوانين في تشريع نص في المادة (٢٦٩) منه للاخذ بنظرية الظروف الطارئة وان النص هو : ــ

« اذا جدت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول كليا أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة او صار يهدد احد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت ابرام العقد جاز للمحكمة اذا رأت ضرورة لذلك . تطبيقا لمبادىء حسن النية ،وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره بل وان تقضي بفسخ العقد » .

أما القانون المدني الايطالي فنص في المادة (١٤٦٧) على مايأتي : ــ

« في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل اذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقا على اثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام ان يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر ان يدرأ طلب الفسخ بان يعرض تعديلا للشروط بما يتفق مع العدالة » .

واما القانون المصري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) على مايأتي : ــ

« ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها . وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح

---

(١) ملاحظة يظهر ان القانون البولوني سبق القوانين بالاخذ بنظرية الظروف الطارئة لانه متأثر بفقه الامام مالك الذي انتشر في الاندلس.

مستحيلا صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » •

وهذا النص والفقرة الثانية من المادة (١٤٨) من التقنين المدني السوري والفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من التقنين المدني الليبي متفقة ولم يرد فى القانون اللبناني نص مقابل •

ونصت المادة (١٤٦) فقرة ثانية من القانون المدني العراقي على ما يأتي : —

« اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين . ن تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » •

ومن مقارنة هذه النصوص نجد اختلافا في الجزاء المترتب على حدوث الظرف الطارىء الذي سبب العسر او الارهاق في التنفيذ : —

ففي قانون الالتزام البولوني والقانون المدني المصري أناط الحكم بالجزاء للقاضي ولكنه في القانون البولوني اضاف الى سلطة القاضي التقديرية ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين وجود ضرورة ، وان يكون هذا التقدير تطبيقا لمبادىء حسن النية هذا من جهة ومن الجهة الاخرى ان سلطة القاضي في قانون الالتزام البولوني أوسع منها في القانون المدني المصري فهي في الاخير « رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » وهي فى القانون البولوني « تعين طريقة التنفيذ او تحديد مقدار التنفيذ وكذلك له ان يقضي بفسخ العقد » •

اما الجزاء في القانون المدني الايطالي فقد اناط ذلك بالمتعاقدين ، فللمتعاقد المدين ان يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الدائن ان يدرأ الفسخ بعرضه تعديلا لشروط العقد حسبما تقتضيه العدالة •

كذلك نجد من مقارنة ألفاظ النصوص ان القانون البولوني ضرب امثلة للحوادث الاستثنائية « كحرب او وباء .... » .

والقانون الايطالي وضح انواع العقود التي تطبق فيها نظريـــة الظروف الطارئة .

« فى العقود ذات التنفيذ المستمر او التنفيذ الدوري او التنفيــذ المؤجل » .

بينما القانون المدني المصري لم ير حاجة الى الاشارة الى ذلك .

ومن مقارنة القوانين المدنية العربية بهذا الخصوص نجد النصوص المدنية الليبية والسورية مطابقة لنص الفقرة الثانية من المــادة (١٤٧) مصري بينما نص المادة (١٤٦) فقرة (٢) عراقي لا يختلف في جميـــع ألفاظه الا بعبارة « رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول » عبر عنهـا فى النص العراقي « جاز للمحكمة ان تنقص الالتزام المرهق الى الحـــد المعقول » ويقصد المشرع العراقي بلفظ « تنقص » تخفيض الالتـــزام وتعديله .

البحث الرابـع

مناقشة المشروع التمهيدي والاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري

١ ــ العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقديه بمـــا يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا . والاصل انه لا يجوز لاحـد طرفي التعاقد ان يستقل بنقضه وتعديله بل ولا يجوز للقاضي ، لانه لا يتولى انشاء العقود عن عاقديها وانما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع الى نية هؤلاء العاقدين ، فلا يجوز اذن نقض العقد أو تعديله الا بتراضي عاقديه ويكون هذا التراضي بمثابـة تعاقد جديد او لسبب من الاسباب المقررة في القانون كما هـــو الشأن في الوكالة والعاريه . وأسباب الرجوع في الهبة .

٢ ــ لما كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة اســـفر التطور عن اقامتها الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون ان تكون صورة منها .

فمن الاهمية بمكان ان نستبين وجة التفرقة بين النظريتـــين « فالطارىء غير القوة القاهرة فهو لايجعل هذا التنفيذ مستحيلا بل يجعله مرهقا يجاوز السعة ، دون ان يبلغ حد الاستحالة ويتبع ذلك قيام فارق آخر متصل بالجزاء فالقوة القاهرة تفضي الى انقضـــاء الالتزام فيتحمل المدين تبعتها كاملة اما الظرف الطارىء غير المتوقع يترتب عليه رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، وبذلك يتقاسـم الدائن والمدين تبعته .

٣ ــ يلاحظ على نظرية الظروف الطارئة ثلاث ملاحظات : ــ

(أ) ان نظرية الطوارىء غير المتوقعة ليست على وجه الاجمـال

الابسطة فى نظرية الاستغلال ، فالغبن اذا عاصر انعقاد العقد فهو (الاستغلال) واذا كان لاحقا له فهو حالة الحادث الطارىء الا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الالزام ، فقد يكون سببا في بطلانه او في انتقاصه على الاقل •

(ب) ويلاحظ من ناحية اخرى ان نظرية الطوارىء غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدي تنفيذا عينيا ومن طريق التعويض اذ تقتضي الفقرة الثانية من المادة (٢٢١) (بان المدين لا يلتزم الا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد) •

ويجوز بفضل هذه النظرية ان يقتصر التنفيذ العيني الى حد بعيد على ماكان في الوسع ان يتوقع عقلا وقت انعقاد العقد •

(جـ) ويراعى اخيرا ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف فهو لا يقتصر على تفسير العقد بل يجاوز ذلك الى تعديله •

البحث الخامس

مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ للمشروع التمهيدي للنظرية

تساءل سعاد علويه عما اذا كان حكم هذه المادة يسري على الحوادث الاستثنائية المحلية من عدمه ؟ وهل ان هذه الحوادث تتناول المتعاقد وغيره سواء عمت القطر او البلدة او لعالم ؟

فأجابه لدكتور بغدادي : ـ ان المادة لا تتعرض الا للحوادث الاستثنائية العامة وهذه العبارة ليس لها المعنى الذي يشير اليه سعادة علوية باشا وانما هي تنصرف الى ما كان عاما من هذه الحوادث كالفيضان والجراد (ولا تنصرف الى الحوادث الفردية) كحريق المحصول مثلا وقد اضاف عبده محرم بك ان لهذه النظرية تطبيقا في عقود المقاولة والمزارعة وقد افرد لهما المشرع مواد خاصة •

وتساءل سعادة الرئيس بدوره عما اذا كان انتشار الدودة وخصوصا في مناطق شمال الدلتا يعتبر حادثا استثنائيا عاما من عدمه ؟ •

فاذا افترضنا ان الشخص قد عمل كل مافي وسعه لدرء هذا الخطر ولم يهمل فى ذلك فما الحكم ؟ اذ المشاهد ان الدودة تفتك بالزراعة فتكا ذريعا في تلك المناطق ، فاجابه عبده محرم بك بان هذا الخطر لا يعتبر حادثا استثنائيا عاما لان خطره مصدره الاهمال ويمكن دفعه فضلا عن انه خطر متوقع وبذلك لا ينطبق عليه النص ولكن غارة الجراد خطر غير متوقع وينطبق عليه النص •

ـ يستنتج من هذه المناقشة انه يشترط في الحادث الطارىء ان يكون عاما لا خاصا وان يكون غير متوقع وقت التعاقد ولايمكن دفعه او التحرز منه ـ •

وذكر سعادة علوبة باشا ان عبارة (جاز للقاضي ان ينقص الالتزام الى الحد المعقول) قد يحمل معناء على انه يجوز للقاضي ابطال العقد ؟

فاجاب الدكتور بغدادي ان اساس النظرية هو (تضحية من الجانبين) وليس اعفاء احد المتعاقدين من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا ان يتحملها احدهم بابطال العقد . وذكر ان المشروع قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون ان يورد امثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولوني الذي اخذ منه نص المادة لان هذا التقنين قد اخطأ التوفيق في هذا الصدد اذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول باسره في بعض ما ساق من تطبيقات فخلط بذلك بين العلة والمعلول .

وقد ابدى سعادة الرئيس اربع ملاحظات : ـ

الاولى : انه اغفل النص حسن النيه الوارد في الاصل البولوني .

الثانية : انه يتبادر الى الذهن ان الجواز فى عبارة (جاز للقاضي) معناه ان انقاص الالتزام المرهق خاضع لتقدير القاضي .

الثالثة : الملاحظة الثالثة تنصب على عبارة (ينقص الالتزام المرهق الى ...) فهي لا تؤدي المعنى المطلوب لان القاضي قد يرى الزيادة لا النقصان كما اذا تاجر بأن يورد الف اردب من الشعير بسعر ٦٠ قرشا للأردب فيرتفع السعر الى اربعة جنيهات فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد .

الرابعة : تنصب على عبارة (وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين) وهذه عبارة غير مفهومة لان المقصود النظر الى حالة المدين فقط وانتهى سعادته من ذلك الى انه يحسن الاخذ بالنص البولوني في هذا الصدد وبقال (تعديل تنفيذ الالتزام) .

فأجاب الدكتور بغدادي على هذه الملاحظات قائلا : ـ

انه فيما يتعلق بالملاحظة الاولى ، ان المشروع اغفل النص على حسن النية الوارد في النص البولوني لانه خاضع لتقدير القاضي للظروف ٠

وفيما يتعلق بالملاحظة الثانية ـ ان كل النصوص المتعلقة بالجواز لا تعطي القاضي سلطة تقديرية مطلقة وانما تعطيه رخصة بشرط تحقق ظروف معينة بمعنى انها تجيز للقاضي عمل شيء معين اذا ما تبينت له شروط معينة واستعمال هذه الرخصة خاضع لرقابة محكمة النقض من حيث توفر الشروط التي تبيح هذا الاستعمال واما عن الملاحظة الثالثة ـ فالانقاص غير مقصود به الانقاص المادي وانما المقصود به التعديل وينسب دائما الى عبء الالتزام ولا مانع اذا وافقت اللجنة على القول (ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول) بدلا من ان ينقص ٠

وفيما يتعلق بالملاحظة الرابعة : ـ فالموازنة بين مصلحة الطرفين منصوص عليها في المادة البولونية لان اساس النظرية هو توزيع الخسارة بين الطرفين توزيعا انسانيا ، فكل تعديل في التزام المدين سيصيب الدائن ٠

ـ يظهر من هذه المناقشة ان اساس نظرية الظروف الطارئة هو تضحية من جانب العاقدين وتوزيع التبعة بينهما وان سلطة القاضي في تحديد الظرف المرهق للمدين هو رخصة خاضعة لرقابة محكمة النقض من حيث توفر الشروط المطلوبة وان القاضي حينما يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول يلاحظ مصلحة العاقدين ويوزع التبعة بينهما ٠

ثم قام اعتراض على النص فى ذاته بدعوى انه يخرج القاضي عن وظيفته اذ ان وظيفته تفسير ارادة المتعاقدين لا تعديل هذه الارادة ، وبدعوى ان النص يثير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لان أقل حادث سياسي قد يترتب عليه تارة رفع الاسعار واخرى انهيارها ٠

فاجيب على هذه الاعتراضات بان القاضي يحكم طبقا لقواعد العداله عندما لا يجد نصا في العقد وهو في هذه يعمل في حدود وظيفته وبعد مناقشة لم تر اللجنة الاخذ بهذه الاعتراضات ووافق مجلس النسيوخ على المادة كما اقرتها اللجنة .

ومناط تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) هو : ــ

(آ) ان كون الالتزام الذي حصل الاتفاق عليه بين المتعاقدين قائما وان تنفيذه بالشروط المتفق عليها يصبح مرهقا للمدين بسبب الحادث الطارىء اما اذا كان الالتزام قد تغير فانه يمتنع تطبيقه .

(ب) المادة تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذي رتبه ، فاذا كان الالتزام قد نفذ فانه ينقضي وعندئذ يمتنع تطبيق المادة .

(جـ) ان المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدي دون ان يخصص نوعا منه بعينه وانما اورد النص عاما بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين ابرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين فان هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر او الدوري كما تنطبق على العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين لتحقق حكمة التشريع في الحالتين وهي (اصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد في الفترة ما بين ابرامه وتنفيذه) وهذا الارهاق كما يحدث فى الالتزامات التي تنفذ بصورة دورية او مستمرة يحدث كذلك في الالتزامات المؤجلة التنفيذ على انه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الا يكون تراخي تنفيذ الالتزام الى ما بعد وقوع الحادث الطارىء ، راجعا الى خطأ المدين ، اذ لا يجوز في هذه الحالة ان يستفيد من تقصيره كما ان هذه النظرية لا تنطبق على عقود الغرر اذ انها بطبيعتها

تعرض المتعاقدين لاحتمال كسب كبير او خسارة فادحة ولا ينال من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التي يكون فيها الثمن كله او بعضه مؤجلا ، القول بان ارجاء دفع الثمن قصد به التيسير على المشتري فلا ينبغي ان يضار به البائع ذلك ان الأجل شرط من شروط التعاقد على الصفقة اصلا لولاه لما تمكن البائع من ابرام العقد بالثمن المتفق عليه فلا يعتبر والحال كذلك تاجيل تنفيذ الالتزام للمشتري يدفع تفضلا من البائع • وتطبيق حكم الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري على عقود البيع التي يكون فيها الثمن مؤجلا او مقسطا لا يحول دون اعمال الجزاء المنصوص عليه فيها وهو رد الالتزام الى الحد المعقول ، على الوجه الذي يتطلبه القانون ذلك ان القاضي لا يعمل هذا الجزاء الا بالنسبة للقسط او الاقساط التي يثبت ان اداء المشتري لها قد اصبح بسبب وقوع الحادث الطارىء غير المتوقع مرهقا له ويهدده بخسارة فادحة اما باقي الاقساط فان القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء اذ تبين ان هناك احتمالا بزوال اثر الحادث عند استحقاقها ويكون شأن الاقساط في ذلك شأن الاداآت في عقود المدة من حيث التأثر بالحوادث الطارئة •

الباب الثـاني

تطبيقات النظرية في الفقه الاسلامي

عرف الفقه الاسلامي تطبيقات كثيرة لمسائل مختلفة منتشرة في كتب الفقه لمعالجة احكام الطوارىء باسلوب يضاهي أحدث ما وصلت اليـه نظرية الظروف الطارئة من تطور فى مجال القانون •

وان هذه التطبيقات بحثت في ابواب مختلفة من ابواب الفقه بحثـا دقيقا استند فيه الفقهاء المسلمون الى تطبيق مبادىء العدالة بأسـمى معانيها مسترشدين بما أقره الشرع الاسلامي في الكتاب والسنة النبوية من المساواة بين العاقدين في الحقوق والالتزامات طوال مدة العقد ومـا أمر به الشرع من ازالة الضرر عن المدين اذا ما عجز عن المضي في موجب العقد بسبب الحادث الطارىء الذي لم يتوقعه ولم يستحقه عند ابرامـه وبما دعت اليه الشريعة الحنيفة السمحاء من رفع الضيق والحرج ومـن عدم تكليف النفس خارج الوسع والطاقة وهذه التطبيقات للمسـائل المختلفة التي بحثها الفقة الاسلامي هي : ـ

١ ـ الاعذار في عقد الايجار ، تعديل ايجار اجرة الوقف والحكر •

٢ ـ الجوائح في بيع الثمار •

٣ ـ امكان تعديل العقد فى حالة تقلب قيمة النقود •

وسوف ندرس في هذا الباب موقف المذاهب الفقهية المختلفة مـن هذه المسائل : ـ

الفصل الاول ـ الفقه الحنفي ـ

١ ـ الاعذار في عقد الايجار

توسع الفقه الحنفي كثيرا في الاعذار التي يفسخ بها عقد الايجار ، والعذر الذي يجيز فسخ عقد الايجار عند الفقهاء الاحناف هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحقه بالعقد[١] ولما كانت (المساواة في العقود هي مطلوب العاقدين[٢]) كما يقول الفقيه الحنفي الكبير (الكاساني) فأن فقهاء المذهب الحنفي يتطلبون هذه المساواة لا عند التعاقد فقط بل طوال مدة العقد في الايجار وهو عقد المدة الذي حلله فقهاء الأحناف تحليلا دقيقا وقالوا انه (ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا[٣]) كما قال بعضهم ان (عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع[٤]) فكل منفعة تستجد حكم العقد الجديد ـ والمنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا (فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض) والعيب الحادث في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ .

فاذا طرأ أثناء مدة الأيجار ما يخل بالمساواة بين حقوق والتزامات أحد المتعاقدين فأن هذا يعتبر عند الفقهاء من الاحناف عذرا يجيز فسخ عقد الايجار .

(١ـ٢) بدائع الصنائع لكاساني جـ ٢ ص ١٩٧ . فتح القدير جـ ٧ ص ١٢٢ كنز البيان للنسفى ص ١٩٩ ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق للزيلعي جـ ٨ ص ٤٠ . مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ص ٣٩٨ .

(٣) البدائع للكاساني جـ ٤ ص ١٩٧ ـ ١٩٨ ؛ فتح القدير جـ ٧ ص ١٤٥ ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي جـ ٥ ص ١٤٤ .

(٤) المبسوط للسرخسي جـ ١٥ ص ٧٥ ، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق جـ ٥ ص ١٠٦

وقد جاء في كتب الفقه الحنفي[٥] (تفسخ الاجارة بالعيب لأن العقد يقتضي سلامة البدل من العيب ، فاذا لم يسلم فات رضاه ، فيفسخ كما في البيع ، والمعقود عليه في هذا الباب ، المنافع ، وهي تحدث ساعة فساعة ، فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ، ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع . فان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر ، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ . والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده ، فسقط خياره) .

ما يعتبر عذراً في الفقه الحنفي وما لا يعتبر كذلك ؟

اذا كان الظرف الطارىء يؤدي الى تحقق عجز العاقد من المضي في موجب العقد الا بضرر يلحقه وهو لم يلتزم به عند ابرام العقد ويعتبر هذا الظرف الطارىء عذرا لفسخ عقد الايجار دفعا للضرر فالفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر كذلك كلما يؤدي الى زوال تمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور يعتبر عذرا للفسخ ومنزلة العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به لأن العقد يقتضي سلامة البدل من العيب فاذا طرأ أثناء مدة الأيجار ما يخل بالمساواة بين حقوق التزامات احد المتعاقدين فأن هذا يعتبر عذرا .

أمثلة على الأعذار وبيان نوع الضرر

جاء في كتب الفقه : —

(اذا مرض العامل وكان المرض يضعفه عن العمل ؛ فيفسخ فيه ،

---

(٥) الزيلعي (نفس المصدر) جـ ٥ ص ١٤٣ ، ١٤٤ .

لأن في الزامه استئجار لأجراء زيادة ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل عذرا)[6]

(من اجر دكانا او دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعه في الديون . لأن في الجرى على موجب العقد الزم ضرر زائد لم يستحقه بالعقد وهو الحبس)[7] .

(من استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد ، يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته ، أو طلب غريم فيحضر ، أو للتجارة فيفتقر)[8] .

(اذا استأجر الرجل رحى الماء وانقطع الماء عنها رفع عنه الأجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي استأجره فانه انما استأجر ليطحن فيها الماء فله ان ينقض الأجارة لتغير شرط العقد عليه وان ذل الماء حتى آخر به في الطحن وهو يطحن مع ذلك فان كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود فيتمكن لأجله من فسخ العقد)[9] .

امثلة على الظروف الطارئة التي لا تعتبر عذراً للفسخ

ان كان الضرر غير فاحش ويبقى المستأجر متمكنا من الانتفاع بالمأجور فلا يعتبر عذرا .

جاء في كتب الفقه (اذا استأجر الرجل رحى الماء وقل الماء وكان الضرر غير فاحش بالأجارة فلا يعتبر عذرا)[10] .

(اذا اجر رجل دارا واراد ان يبيعه او اراد ان يسكنه هو وليس له منزل الا واحد فقط فليس له ذلك ولا يعتبر عذرا)[11] .

---

(٦) اللباب في شرح الكتاب جـ ٢ ص ٣٣١ .
(٧) الهداية شرح بداية المبتدي جـ ٣ ص ١٨٢ — ١٨٤ .
(٨) اللباب نقلا عن الجامع الصغير جـ ٢ ص ١٠٥
(٩) المبسوط جـ ١٦ ص ١٥ — ١٧ .
(١٠) المبسوط جـ ٦ ص ١٥ .
(١١) المبسوط الاصل في الاجارة والشركة — المخطوط رقم ٣٤ في دار الكتب المصرية .

(اذا اجر رجل دكانا ثم وجد آخر أرخص منه أو أوسع فليس لـه ان ينقض الأجارة)[12] •

(ان عرض لصاحب الدابة المستأجرة مرض فلا يعتبر عــــذرا اذ بامكانه ان يرسل غيره ان كانت الدابة المستأجرة بغير عينها ومرضـت فليس هذا يعذر اذ يستطيع جلب غيرها ، تحول المؤجر من المصر لا يعتبر عذرا ، ان اراد رب العين المستأجرة ان يسافر فلا يعتبر ذلك عذرا)[13] •

وكما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ايفاؤهـا بعد زوال العذر •

مثلا ــ اذا استأجر الرجل رحى الماء وانقطع الماء عنها رفع عنه الأجر فأن لم ينقضه حتى عاد الماء لزمه لأجارة فيما بقي لزوال العــــذر وان انكسر احد الحجرين فله ان يفسخ الاجارة فأن اصلح ذلك رب الرحى لم يكن للمستأجر ان يفسخ لزوال العذر)[14] •

انواع الاعذار في الفقه الحنفي :

١ ــ الاعذار في جانب المؤجر •
٢ ــ الاعذار في جانب المستأجر •
٣ ــ الاعذار التي تتعلق بالعين المؤجر •
٤ ــ الاعذار التي تتعلق بفوات الغرض الذي ابرم عقد الايجـار بسببه •

---

(١٤) نفس المصدر •
(١٣) السرخسي
(١٤) المبسوط جـ ١٦ ص ١٧ •

امثلة

١ ـ الاعذار التي في جانب المؤجر .

ما يعتبر عذرا لطلب الفسخ	الضرر الذي يلحق المتعاقد اذا ما مضى في موجب العقد
١ ـ اذا الحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة	الضرر هو الحبس لعدم ايفاء الدين
٢ ـ اذا اشترى شيئا فأجره ثم وجد به عيبا فيرد بالعيب	عدم التمكن من الانتفاع مع العيب
٣ ـ اذا أجر نفسه لعمل وضيع لم يكن مما اشتغل به من قبل كان يعمل حجاما او تعمل ظئرا ثم أنف منه ٤ ـ اذا اجرت المرأة نفسها بما يعاب به كان لاهلها ان يخرجوها من تلك الاجارة	سخرية الناس وعدم احترامهم للاعمال الوضيعة
٥ ـ استأجر طبيبا لقلع الضرس فسكن الوجع أو لقطع اليد المتأكلة فبرئت	لا يجوز قلع أو قطع العضو الصحيح شرعا
٦ ـ استأجر الامام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير ٧ ـ اذا استأجر انسانا ليقصر ثيابا أو ليخيط او ليبني بيتا ثم بدا له الا يفعل	فوات المصلحة المهمة التي حدثت
٨ ـ استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر	ربما يريد الحج فيفوت وقته او طلب غريم فيحضر ، او للتجارة فيفتقر

ملاحظة ـ يلاحظ ان الضرر بعضا يصيب النفس وبعضا يصيب المال فهو أوسع مفهوما مما هو فى القانون الذي ينظر اليه من الناحية الاقتصادية فقط •

ما لا يعتبر عذرا بالنسبة للمؤجر •

(اذا انهدم المنزل الذي يسكنه المؤجر لم يكن هذا عذرا لفسخ اجاره منزل آخر يملكه المؤجر وأجره اذ يسكنه ان يؤجر أو يشترى منزلا لسكناه)[15] •

(كذلك ان عرض لصاحب الدابة المستأجره مرض فلا يعتبر عذرا اذ بامكانه ان يرسل غيره)[16] •

(كذلك لا يعتبر عذرا للمؤجر اذا تحول من المصر او اراد رب العين المستأجرة ان يسافر)[17] •

(اذا اراد المؤجر ان يبيع الدار التي اجرها فلايعتبر ذلك عذرا)[18]

(اذا ستأجر لخياط غلاما ثم اراد ترك الخياطة فهو ليس بعذر لانه يتمكن ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في ناحية)[19] •

(لا تفسخ الاجارة اذا لم يسكن الفسخ بان كان في الارض زرع لم يستحصد بل تترك الى ان يستحصد الزرع بأجر الثل)[20] •

---

(١٥) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٩٧ •

(١٦) و (١٧) و (١٨) المبسوط للسرخسى •

(١٩) الهداية شرح بداية المبتدي جـ ٣ ص ١٨٢ ـ ١٨٤ •

(٢٠) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٩١١ •

أمثلة للاعذار التي في جانب المستأجر

مايعتبر عذرا لطلب الفسخ	الضرر الذي يلحق المتعاقد اذا ما مضى في موجب العقد
(١) اذا افلس المستأجر فيقوم من السوق	لان المفلس لا ينتفع بالحانوت .
(٢) اذا اراد سفرا أو اراد ان ينتقل من حرفة الى حرفة	فوات المصلحة للمستأجر لانه اعرض عن الحرفة ولم يرغب بها .
(٣) اذا استأجر ابلا الى مكة ثم بدا للمستأجر الا يخرج	لوجود ضرر في سفره بالنسبة لظروفه .
(٤) عتق العبد للمستأجر عذر في فسخ الاجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت الستة اشهر اعتقه فهو بالخيار ان شاء امضى الاجارة وان شاء فسخ	لئلا يصيب العبد ضرر فيبقى في العبودية وهو قد تحرر
(٥) اذا أجر الرجل ابنه فبلغ الصبى المستأجر فهو عذر ان شاء فسخ وان شاء امضى الاجارة	ان الصبي تكمل اهليته اثناء بلوغه .
(٦) اذا استأجر ابلا لنقل الطعام عليها ثم اراد ان لا يخرج لكساد بلغه او خوف فهذا عذر	لان الكساد والخوف يفوت عليه الانتفاع الكامل
(٧) اذا استأجر الرجل رجلا يحمل له طعاما أو ثمرا باجر معلوم فمرض او لزمه غريم فهذا عذر	لان السبب خارج عن ارادته فلا يجبر على تنفيذ التزامه لدفع الضرر عنه .

(٨) اذا استأجر الرجل عبدا سنة بأجر مسمى ثم رجع المستأجر عن الاسلام ولحق بدار الحرب فلهما ان ينقضا الاجارة	للمانع الشرعي .
(٩) اذا كان المستأجر غير ثقة ولا مأمون فيقول ابو حنيفة فاني احب للقاضي ان يفسخ الاجارة	لرفع الضرر عن المؤجر .

ما لا يعتبر عذرا بالنسبة للمستأجر

(لو أراد أن ينتقل المستأجر من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه لما ان الحانوت الثاني ارخص او اوسع عليه لم يكن ذلك عذرا)(٩) .

(لو استأجر رجل دارا ثم اشترى نزلا واراد التحول فيها فهذا ليس بعذر)(١٠) .

---

(١) ، (٢) ، (٣) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ١٩٧ .

(٤) ، (٥) بدائع الصنائع ص ١٩٨ ، ١٩٩

(٦) ، (٧) ـ المبسوط الاصل ـ محمد حسن الشيباني ـ المخطوط رقم ٣٤ في دار الكتب بمصر .

(٨) المبسوط الاصل المخطوط رقم ٣٤ بدار الكتب المصرية .

(٩) بدائع الصنائع للكاساني ص ١٩٧

(١٠) البحر الرائق جـ ٨ ص ٣٥ .

أمثلة على الاعذار التي تتعلق بالعين المؤجره

ما يعتبر عذرا للفسخ بالنسبة للعين المؤجرة	الضرر الذي يلحق المتعاقد. اذا ما نفذ التزامه
١ ـ اذا استأجر الرجل رحى الماء ثم انقطع الماء عنها[١١]	لفوات المنفعة
٢ ـ اذا استأجر الرجل ارضا من رجل فغرقت او اصابها تراب لاتصلح معه للزراعة[١٢]	لفوات المنفعة
٣ ـ استأجر الرجل عبدا فأبق او دابة فمرضت	لفوات المنفعة
٤ ـ استأجر ظئرا ثم لم يأخذالصبي من لبنها او مرضت او اراد أهل الصبي السفر فامتنعت	لفوات المنفعة
٥ ـ اذا أجر أب ولده ثم بلغ الولد أثناء الاجارة •	ابقاء الاجارة ضرر بالصبي
٦ ـ اجر بيتا فانهدم او انهدم منه ما لا يستطيع السكن فيه	لفوات المنفعة
٧ ـ من استأجر فسطاطا او متاعا اذا فسد ذلك حتى لاينتفع به بسبب اجنبي[١٣]	لعدم تمكنه من استيفاء المعقود عليه •

(١١) المبسوط جـ ١٦ ص ٣١ .
(١٢) المبسوط جـ ١٦ ص ١٥ ـ ١٧ .
(١٣) المبسوط ـ الامل المخطوط ٣٤ فى دار الكتب في مصر .

ما لا يعتبر عذرا للفسخ بالنسبة للعين المؤجرة

١ ــ لو استأجر رحى فانكسر احد الحجرين او الدوارة واصلح ذلك رب الرحى لم يكن للستأجر ان يفسخ •

٢ ــ اذا انهدم جدار في الدار المستأجرة واصلحها المؤجر حالا فليس للمستأجر ان يفسخ الاجارة • كذلك في كل حالة يستطيع المؤجر ان يعيد المأجور الى الحالة التي يمكن بها المستأجر من الانتفاع بالعين المأجورة •

امثلة على الاعذار التي تفوت الغرض الذي من اجله ابرم العقد •

(١) (اذا استأجرت دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له ثم حضر الغريم وعاد العبد من الاباق ، تنقض الاجارة لانها ابرمت لغرض وقد فات ذلك الغرض)[1] •

(٢) لو ظن ان في بناء دار خللا فاستأجر رجلا لهدم البناء ثم ظهر انه ليس في البناء خلل فله فسخ الاجارة •

(٣) اذا استأجر طباخا لوليمة عرس فماتت العروس بطلب اجارة •

(٤) لو استأجر حانوتا ليتجر ثم كسد السوق حتى لا يمكن التجارة فله فسخ الاجارة لفوات الغرض الذي استأجر من اجله الحانوت •

(٥) كذا اذا استأجر طبيبا لقلع ضرسه ثم سكنت أو على قطع اليد المتأكله ثم برئت فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها •

(٦) اذا استأجر رجلا ليحفر بئرا ثم وجدها صلبة او رخوة لا تصلح للحفر كان هذا عذرا للفسخ •

(٧) استأجر ارضا سنة يزرعها شيئا ذكره فزرعها فأصاب الزرع (آفة) من البرد أو غيره وعجز عن زراعة ذلك النوع فله طلب الفسخ لفوات الغرض الذي استأجر الارض بسببه •

النصوص الفقهية :ـ

جاء في كتب الفقه :ـ

١ ـ (قول الشافعي ـ عقد الأجارة يبقى لازمـــا (ولو حدثت اعذار) فيقول ان الأجارة أحد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع الاخر وهو بيع الأعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسـخ لا باتفاقهما • وعند الأحناف ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لأنـه (لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر) •

وقد خرج الجواب في قــول الشــــافعي ، ان هـــذا بيـــع نقول نعم لكنه عجز عن المضي في موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر •

وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ان هذا هكذا يكون اذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد الا بضرر غـــير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي على الفسخ •

وان العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤجر وقد يكون في جانب العين المؤجرة •

أما الذي في جانب المستأجر فنحو ان يفلس فيقوم من الســوق او يريد سفرا او ينتقل من الحرفة الى حرفة أخرى لأن المفلس لاينتفـــع بالحانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم يلتزم بالعقد فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم وفي ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الأجرة من غير استيفاء المنفعة و لانتقال من عمل لا يكون الا للأغراض عن الأداء ورغبته عنه فاذا منعناه من الأنتقال اضررنا به وان أبقينا العقد

بعد الأنتقال لالزمناه الأجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به) واما الذي في جانب المؤجر فنحو ان يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن المستأجر لأن ابقاء الأجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤجر لأنه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد ، وكذلك اذا اشترى شيئاً فآجره ثم اطلع على عيب به فله ان يفسخ الأجارة ويرده بالعيب على بائعه لأنه لا يقدر على استيفاء الأجارة الا بضرر هو الألتزام بالمبيع المعيب ولو أجر صانع نفسه للعمل ... وذلك بما يعاب عليه ، او كانت امرأة اجرت نفسها ظئرا وهي مما تعاب بذلك فلأهلها ان يخرجوها وكذلك ان أبت هي ان ترضعه ، لأن من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة اذا دخل فيها يلحقه العار .

واما العذر بالنسبة للعين المؤجرة فنحو ان يؤجر رجل عبدا سنة ثم يعتقه بعد ستة أشهر فله ان يفسخ الأجارة ، وله ان يبقيها والأجرة للستة لأشهر الباقية تكون للعبد المعتق الا اذا عجلت الأجرة أو اشترط تعجيلها فتكون للمولى .

واذا أجرأب ولده ثم بلغ الولد اثناء الأجارة كان هذا عذرا لأن في ابقاء العقد بعد البلوغ ضررا للصبي ، ولو استأجر ظئرا ثم لم يأخذ الصبي من لبنها أو مرضت أو أراد أهل الصبي السفر فامتنعت كان هذا عذرا في فسخ الأجارة .

رأينا كيف وضح الكاساني الأعذار التي توجب طلب فسخ الأيجار لعجز العاقد على المضي في موجب العقد الا بضرر لم يستحقه عند ابرام العقد وكيف بين الأضرار التي تصيب المتعاقد اذا ما الزم بتنفيذ العقد بالرغم من حدوث الظرف الطارىء الذي اعتبر عذر وهذه لاضرار منها عدم استيفاء المنفعة . فوات المصلحة على المتعاقد الذي يبدو له ترك السفر مثلا ، حبس المدين اذا عجز عن ايفاء الدين من ثمن العين المؤجرة الألتزام بقبول مبيع ظهر فيه عيب قبول عمل يعاب عليه وغير ذلك .

٢ ـ وجاء في كتب الفقه أيضا :

او ان استأجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد آبق له ثم حضر الغريم وعاد العبد من الآباق تنتقض الأجارة لأنها تعقد الغرض وقد فات ذلك الغرض وكذا لو ظن ان في بناء داره خللا فأستأجر رجلا لهدم البناء ثم ظهر انه ليس في البناء خلل • أو استأجر طباخا لوليمة عرس فماتت العروس بطلت الأجارة ، كذا لو استأجر حانوتا ليتجر في السوق ثم كسد السوق حتى لايمكن التجارة ، فله فسخ الأجارة لأنه عذر •

٣ ـ (اذا استأجر الرجل عبدا فأبق فأراد المستأجر ان يفسخ الأجارة فله ذلك ، وان لم يفسخها حتى ظفر بالعبد فأنه يلزم المستأجر فيما بقى من الاجارة بحساب ذلك ••• ، واذا تكارى الرجل ابلا يحمل عليها الطعام من الكوفة الى مكه ثم اراد صاحب الطعام ان لا يخرج لكساد بلغه او خوف او بداله ترك التجارة في الطعام فله ذلك وهذا عذرا •••)

٤ ـ (وتنفسخ الأجارة بالأعذار الموجبة ضررا لم يستحق بالعقد وذلك لمن ستأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، او طباخا ليطبخ للوليمة فاختلعت منه الزوجة لأن في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ولمن آجر دكانا او دارا أفلس وازمته ديون بعيان أو برهان وكان لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين •• وكمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر فهو عذر لأنه ربما يريد الحج فيفوت وقته ، أو طلب غريم فيحضر أو التجارة فيفتقر •• وان بدا للمكارى من السفر فليس ذلك بعذر لأن خروجه غير مستحق عليه ويمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد أجيره) •

٥ ـ (وعقد المزارعة لازم بمنزلة الأجارة الا اذا كان عذر يفسخ

به الأجارة فيفسخ به المزارعة) •

٦ ــ (وتفسخ الأجارة بالأعذار عندنا وقال الشافعي رحمه اللـــه لا تفسخ الا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقـــد عليها فأشبه بالبيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصـــار العذر في الأجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذا المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحقه به وهذا معنى العذر عندنا •••) •

٧ ــ (وتفسخ الأجارة بالعذر والأصل فيه انه متى تحقق عجـــز العاقدين المضي في موجبه الا بضرر يلحقه وهو لم يرضى به يكون عذرا تفسخ به الأجارة دفعا للصرر ومن استأجر حانوتا ليتجر فأفلس أو أجـــر دابة المسفر فبدا له الا يسافر تفسخ الأجارة ••)[1] •

٨ ــ (وتفسخ الأجارة بالعيب •• اذا تحقق العذر هل ينفســـخ بنفسه او يحتاج الى فسخ بواسطة القضاء • قيل يفسخ بنفس العـــذر وقيل يحتاج الى الفسخ وهذا الرأي الغالب •• وقيل اذا كان العـــذر يمنع المضي فى العقد ينفسخ بنفسه ولا يحتاج الى القضاء وان كان لا يمنع المضي يحتاج الى القضاء)[2] •

٩ ــ (ثم الأجارة تفسخ بالأعذار المخصوصة عندنا ، وان وقعـــت الأجارة صحيحة لازمة بأن لم يكن ثمة عيب ولا مانع من الانتفاع ••

ثم العذر ما يكون عارضا يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع بدون الفسخ ، بيان ذلك : ــ اذا أراد المستأجر ان ينتقل عن البـــلد أو يسافر ، فله ان ينقض الاجارة في العقار وغيره وكذا لو استأجر الحانوت اذا ترك ذلك العمل او التجارة او انتقل لى غيره وكذ اذا أفلس وكـــذا المستأجر اذا كان لا يحصل له النفع بما استأجر • الا بضرر يدخله في ملكه أو بدنه فبداله ذلك فله فسخه •••)[3] •

---

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٨ ص ٣٥ ــ ٣٩ •
(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي ــ مطبعة دار الفكر بدمشق جـ ٢ ص ٤٩١

١٠٠ ـ (تفسخ الأجارة بالعذر ، وهو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر زائد في بدنه او ماله لم يستحقه بالعقد . مثلا اجر طبيبا لقلع الضرس وسكن الوجع او استأجر من يهدم بناء داره ثم بدا له ترك ذلك لتبين الضرر في ذلك ، استأجر طباخا لوليمة ثم بدا له تركها أو أصبح على المؤجر دين فحبس في دينه فله ان يبيع المأجور (قضاء) وغير ذلك)[٤] .

هل العقد يحتاج الى الفسخ القضائي أم يفسخ من تلقاء نفسه ؟

١ ـ ينظر الى العذر أن كان يوجب العجز عن المضي بموجب العقد (شرعا) بأن كان المضي فيه حراما ، كالأجارة على قلع الضرس تم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة ثم برئت فالأجارة تنفسخ من تلقاء نفسها .

وأن كان العذر لا يوجب العجز عن ذلك ، وأنه يتضمن ضررا لم يوجبه العقد وفي هذه الحالة قولان : ـ

آ ـ يستقل العاقد بالفسخ .

ب ـ لا تنفسخ الاجارة الا بالتراضي او بالتقاضي .

٢ ـ ان كان العذر ظاهرا فلاحاجة الى القضاء وأن كان خفيا كالدين يشترط الفسخ بواسطة القضاء .

٣ ـ ذكر في الزيادات ان القاضي هو الذي يفسخ العقد بينهما اذا اثبت العذر عندهما اما في الرد بالعيب فلا حاجة للقضاء وبه هذه الرواية ان المستأجر غير قابض للمنفعة فيكون هذا بمنزلة الرد بالعيب قبل القبض ينفرد به من غير قضاء ووجه الرواية في الفسخ قضاء . أن

(٤) المبسوط للسرخسي جـ ١٥ ـ جـ ١٦ .

عين الحانوت أقيم مقام المعقود عليه وهو (المنفعة) في حكم انعقاد العقد وكذلك في حكم الفسخ وهو قابض للحانوت فكان هـــذا نظير الرد بالعيب بعد القبض فلهذا لا يتم الا بالقضاء .

مقارنة العذر مع الحادث الطارىء في القانون

١ ــ ان العذر في فسخ الايجار في الفقه الاسلامي هو أمر غـــير متوقع وقت الايجار وفي هذا يتفق مع الحادث الطارىء في الفقه الغربي ولكنه بخلاف الحادث الطارىء أمر مسكن الدفع فمجرد ضروء مصلحة لاحد المتعاقدين كأن يبدو له أن يسافر لتحقيق غنم كاف لفسخ الايجـار بالعـــذر .

٢ ــ ثم ان العذر في الفقه الاسلامي ، كالعذر في الفقه الغـــربي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل يجعله مرهقا .

٣ ــ جزاء العذر هو فسخ الايجار او انفساخه من تلقاء نفســـه اما الحادث الطارىء في الفقه الغربي فجزاءه رد الالتزام المرهق الـــى الحد المعقول .

٤ ــ الفكرة التي يقوم العذر في الفقه الحنفي ليست هي طـــروء الحادث واستحالة دفعه ولكن هي تحمل العاقد ضررا لم يلتزمه بعقـــد الايجار فحيث يعجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه أي لم يدخل في حسابه وقت الايجار ، فانه لا يجبر على المضي فى العقـد ويكون له ان يفسخ الايجار بالعذر .

تعديل ايجار اجرة الوقف والحكر

اذا غلا اجر المثل في الوقف ، فسخ الاجارة نظرا للوقف ، وجـود العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى وجب المسمى بقـدره ، وقبل هذا اذا ازداد اجر مثل الدور والدكاكين فأما اذا جاء واحـد وزاد

في الاجرة تعنتا على لمستأجر الأول فلا يعتبر ذلك ثم انها تفسخ هـــذه الاجارة اذا امكن الفسخ فاما اذا لا يمكن فلا تفسخ مثلا كان في الارض زرع لم يستحصد فتترك بأجر المثل الى ان يستحصد الزرع واذا رخص اجر مثل الوقف ، لم تفسخ الاجارة لأن الفسخ لغلاء اجر المثل انما كان لمصلحة الوقف وفي حالة رخصه فيه ضرر بالوقف •

وتزيد اجرة الحكر او تنقص اذا زادت اجرة المثل او نقصت وهذا ما يسمى (بتصقيع الحكر) (المادة ٦٨٦ من مرشد الحيران) •

الحكر ــ عقد يكسب المحتكر حقا عينيا على أرض موقوفة يخوله الانتفاع باقامة بناء عليها او استعمالها للغراس او لأي غرض آخر وذلك مقابل اجر مثل الارض ، خالية من البناء او الغراس •

موقف المذهب الحنفي من وضع الجوائح

الجائحة ــ هي الآفات السماويه التي لا يمكن معها تضمين أحد مثل الريح ، البرد ، الحر ، المطر ،الجليد ، الصاعقة ونحو ذلك •

ومعنى وضع الجوائح هو الحط من الثمن مقابل التلف الذي سببته الجائحة للثمار والبقول •

ان بيع الثمار لا يخلو ان تكون من قبل ان تخلق او بعده ، ثم اذا خلقت لا يخلو ان تكون بعد الصرام أي بعد النضج أو قبله ، ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو ان تكون قبل ان تزهو أو بعد ان تزهو وكل واحد من هذين لا يخلو ان يكون بيعا مطلقا او بشرط التبقية او بشرط القطع •

اما القسم الاول ــ وهو بيع الثمار قبل ان تخلق فجميع العلمـاء متفقون على منع ذلك لانه من باب النهي عن بيع مالم يخلق وهو بحـــكم المعدوم ، واما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه ، واما بيعها قبـــل الصرام فبيعها قبل الزهو وبشرط القطع جائز واما بيعها قبل الزهـــــو وبشرط القطع جائز واما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في انه

لا يجوز واما بيعها قبل الزهو على الاطلاق وان ابا حنيفة ، مطلق العقد عنده ، وجوب القطع في الحال ، ولو شرط التبقية بعد بدو الصلاح لم يصح عنده بناء على رأيه من ان انعقد موجب التقابض في الحال ، فلا يجوز تأخيره لانه شرط يخالف مقتضى العقد فاذا تلف الثمر عنده بعد البيع والتخلية فقد تلف بعد وجوب قطعه والتلف يكون على المشترى لانه حصل بعد القبض .

ان جميع الفقهاء متفقون ان التلف قبل التمكن من القبض يكون من ضمان البائع ولكن الخلاف في ان تلف الثمر قبل كمال صلاحه هل هو تلف قبل التمكن من القبض أم لا ؟ .

(في الفقه الحنفي — القبض هو التمكين والتخلية وارتفاع الموانع. فاذا كان المبيع مقدور التسليم فبالتخلية وارتفاع الموانع يتم القبض) .

من شرائط الركن في عقد البيع ما يرجع الى المعقود عليه ومنها : ان يكون موجودا فلا ينعقد (بيع المعدوم) فلا ينعقد بيع الثمر والزرع قبل ظهورهما وان كان بعد الطلوع جاز ، وان كان بعد بدو صلاحهما اذا لم يشترك الترك ومن فقهاء الاحناف من قال لا يجوز الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به اصلا لا ينعقد واحتجوا بما روى في الحديث :« صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعا بها فلا تكون ما لا فلا يجوز بيعها)[٥] .

وجاء في كتب الفقه[٦] في بيان الحوادث الطارئة واثرها على تنفيذ الالتزام بالنسبة للبيع :

(ان المبيع لايخلو اما ان يكون اصلا واما ان يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع ، فان كان اصلا فلا يخلو اما ان هلك كله ، واما ان هلك بعضه ، ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعد

---

(٥) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٥ ص ١٣٨ .
(٦) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٥ ص ٢٣٨ — ٢٣٩ .

القبض وكل ذلك لايخلو اما ان هلك بآفة سماوية واما ان هلك بفعل البائع او بفعل المشتري او بفعل اجنبي .

فان هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لانه لو بقى وجب مطالبة المشترى بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وانا عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة اصلا فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لانفساخ البيع وارتفاعه من الاصل كان لم يكن .

اما اذا هلك كله بعد القبض بآفة سماوية او بفعل المبيع او بفعل المشتري فلا ينفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن .

اما اذا هلك بعض المبيع فان كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بان كان مكيلا او موزونا او معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لان كل قدر من المقدرات معقود وعليه فيقابله شيء من الثمن .

وجاء ايضا في كتب الفقه[7] (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل حتى تزهو قيل وما تزهو قال تحمار وتصفار وقوله عليه الصلاة والسلام « أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال آخيه .. » ومعناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك لان العادة ان الناس يبيعون الثمار قبل ان تقطع فنهى عن هذا البيع فصار (محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح) .

والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي . فاذا باعها بشرط تركها الى ان تصلح (فالبيع فاسد) وظهور الصلاح عندنا (ان يأمن العاهة والفساد) وعند الشافعي صلاح الثمرة ظهور ظهور النضج وبدو الحلاوة فيها .

---

(٧) البحر الرائق جـ ٥ ص ٣٠٠ .

وان كان ثمر بعض الاشجار مدركا دون البعض جاز في المدرك دون غيره فان لم يقبضها المشترى حتى خرج الباقي فسد البيع ...)

نستنتج من هذه النصوص الفقهية ان الاحناف لا يقرون انقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار حيث يعتبرون البيع الواقع على الثمار قبل بدو الصلاح بيعا فاسدا وذلك أمنا للعاهة والفساد فهم لا يأخذون بوضع الجوائح ولان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن ولان القبض يتم بالتمكين والتخلية وارتفاع الموانع .

موقف الفقه الحنفي من امكان تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود

ان حالة تقلب قيمة النقود شرحها ابن عابدين شرحا وافيا في احدى رسائله القيمة[٨] وهو يجيز تعديل العقد في حالة تقلب قيمة الفلوس وهى الدراهم بسبب كسادها او رواجها او تغير سعرها بأمر السلطان .

ويميز تمييزا واضحا بين الفلوس وهي الدراهم ، والنقود وهي قاصرة على الذهب والفضة فقط . ولا يجيز تعديل العقد في حالة النقود فيقول في رسالة (واياك ان تفهم ان خلاف ابي يوسف جار حتى في الذهب والفضة كالشريفي البندقي والمحمدي والريال ، فانه لا يلزم لمن وجب له نوع منها سواء بالاجماع ، فان ذلك الفهم خطأ صريح ناشيء من عدم التفرقة بين الفلوس والنقود) فابن عابدين لا يجيز تعديل العقد في حالة النقود المصنوعة من الذهب والفضة ويبدو ان السبب في ذلك هو (ثبات قيمة النقود) بينما الفلوس والدراهم عرضة للتقلب السريع .

وهو يعتبر القروش كالدراهم ويقول في ذلك (اما اذا صار ماكان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين ، ومن نوع اخر خمسة وتسعين ومن

(٨) رسالة بن عابدين (تنبيه الرقود على مسائل النقود) جـ ٢ ص ٩٨ من مجموع رسائل بن عابدين مطبعة دمشق ١٣٢٥ هـ .

اخر ثمانية وتسعين ، فان الزمنا البائع بأخذ مايساوي التسعين بمائـــة فقد اختص الضرر به ، وان الزمنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر به ، فينبغي وقوع الصلح على الاوسط) .

ومن الواضح انه طبقا لهذا الحل الذي وضعه ابن عابدين وسماه (الصلح على الاوسط) يتقاسم كل من البائع والمشتري او المقــرض والمقترض الضرر الناشيء عن رخص قيمة القروش ، هذا هو بعينه الحل الذي تقتضيه نظرية الظروف الطارئة كما هو معروف[٩] .

ان الدراهم (الفلوس) اما ان لا تروج واما أن تنقطع وامـــا ان تزيد قيمتها ان تنقص فان كانت كاسدة لا تروج يفسد البيع وان انقطعت فعليه قيمتها قبل الانقطاع وان زادت او نقصت بقي البيع على حالـــه وينبغي وقوع الصلح على الاوسط فاذا كسدت او انقطعت بطل البيع ويجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما ومثله ان كان هالكا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا هذا عند ابي حنيفة وعند ابـــى يوسف قيمته يوم البيع وعند محمد يوم الكساد وقول الصاحبين بعــدم البطلان هو قول الشافعي واحمد ، وعلل ابو حنيفة بان الثمن يهـــلك بالكساد لان الفلوس والدراهم الغالبة الغش اثمان باصطلاح لا بالخلقة واذا انتفى الاصطلاح انتفت المالية وعلل لصاحبان بان لكساد لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيئا فانقطع في أوانه لا يبطل اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر زمن الرطب في السنة الثانية .

ويلاحظ العرف القولي السائد بين المتعاقدين وهو ان يتعارف قوم اطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه الا ذلك المعنى ، فقد يطلقون القروش وقت العقد ويدفعون بمقدار ما سموه تارة من الدراهم وتـــارة من عيرها او فضة فصار الفرش عندهم بيانا لمقدار الثمن من النقـــــود الرائجة المختلفة لا لبيان نوعه ولا نبيان جنسه فيشتري احدهم مثلا ثوبا

---

(٩) ففي نظرية الظروف الطارئة توزع تبعة الارهاق الذي يصيب المدين بينه وبين الدائن بحيث يرد الارهاق الى الحد المعقول .

بمائة قرش ويدفع من الفروش الصحاح او من الريال او من الذهب ما يساويها فالعقد ينصرف الى ما يتعارفه الناس فيما بينهم في تلك التجارة •

فاذا ما تساوت النقود في الرواج والمالية فيتخير المشتري في دفع ما شاء من النقود الرائجة واذا امتنع البائع عن الاستلام يكون متعنتا •

أما اذا حصل تغير في سعر النقود أو صدر أمر سلطاني بتغير سعر بعضها فينظر في تلك لنقود التي رخصت ويدفع من اوسطها لا الاقل ولا الاكثر كيلا يتناهى الضرر على البائع أو على المشتري فينبغي وقوع الصلح على الاوسط •

اذا باع شخص سلعة بمائة قرش مثلا او دفع له المشتري بعد الرخص ما صارت قيمته تسعين قرشا لم يحصل للبائع ذلك المقدار الذى قدره ورضي به ثمنا لسلعة لكن قد يقال لما كان راضيا وقت العقد بأخذ غير القروش بالقيمة من اي نوع كان صار كأن العقد وقع على الانواع كلها فاذا رخصت كان عليه ان يأخذ بذلك العيار الذي كان راضيا به ، ولكن يختار الصلح على الاوسط لتفاوت رخصها ولترفع الضرر وفي الحديث لا ضرر ولا ضرار • ولو تساوى النقص في كل الانواع فصار ما قيمته مائة قرش من الريال يساوي تسعين لقلنا بلزوم الاخذ بالعيار الذي كان راضيا به اما اذا صار ما كان قيمته مائة من نوع يساوي تسعين ومن نوع اخر يساوي خمسة وتسعين ومن اخر ثمانية وتسعين فان الزمنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائة فقد اقتضى الضرر به وان الزمنا المشترى بدفعه بتسعين اختص الضرر به فينبغي وقوع الصلح على الاوسط وهو ما يساوي خمسة وتسعين وبهذا يتفق مع نظرية الظروف الطارئة بتوزيع العبء بين المتعاقدين ، وهذا الحكم يتلائم وينبغي تطبيقه من قبل كثير من الدول في الوقت الحاضر عندما تضطر الى تخفيض قيمة عملتها ، وتتذبذب القوة الشرائية للنقود تبعا للحالة الاقتصادية في كل مجتمع •

الفصل الثاني

تطبيقات النظرية في الفقه الشافعي

موقف المذهب الشافعي من الاعذار في فسخ الايجار

الأصل في المذهب الشافعي الا تفسخ الاجارة بالعذر الا في احوال خاصة سيأتي ذكرها . فقد جاء في كتب الفقه[1] .

(لا تنفسخ الاجارة بعذر لمؤجر كمرضه وقد أجر دابة وعجز عن الخروج معها أو لمستأجر كتعذر وقود حمام على المستأجر او مرض دابة مستأجر للسفر عليها لانه لا خلل في المعقود عليه والاستنابة في كل منها ممكنة . لو استأجر أرضا لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحه فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجر لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة الارض . فلو تلفت الارض بجائحة انفسخت الاجارة فى المدة الباقية . ولا تنفسخ الاجارة بسبب انقطاع ماء أرض استأجرت للزراعة لبقاء المعقود عليه مع أمكان زرعها بغير الماء المنقطع .

وجاء في كتب الفقه[2] .

(سئل ابن حجر المكي البهيني عمن استأجر دواب باجرة معلومة الى بلد معلوم وشرط عليه السفر صحبة الركب فحصل للمستأجر عذر

---

(1) الام جـ ٣ ص ٢٥٥ ، الضرر البهيه في شرح البهجة الوردية للانصاري جـ ٣ ص ٣١٨ ـ ٣٣٨ اسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٢ ص ٢١٩ ، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج .

(2) فتاوى ابن حجر البيهتي وهو احمد شهاب الدين الشافعي ولد ٩٠٩ هـ وتوفى ٩٧٤ هـ .

كمرض او حبس او غيبة في محل لا يعرف فهل لمؤجر الجمال الفسخ؟ ودفع الاجرة ان كان قبضها لوكيل المستأجر فاذا قبل لا فسخ يلزم وضرره على نفسه والحديث (لا ضرر ولا ضرار) ؟ .

فأجاب : تستقر الاجرة المسماة ـ ان صح العقد ـ والا فأجرة المثل على المكتري بتسلم الدواب ومضى قدر نحو المدة او العمل المقدر به سواء استوفى المنفعة ام لا ! وسواء أكان عدم لاستيفاء لعذر ام لغيره !

وشرط صحبة لركب غير مصدة للعقد فليس للمؤجر فسخ ولا رد لاجره ولا يلزم مما قلناه ضرر للمؤجر بوجه لانه اذا تعذر عليه الجلوس عند دابته يوكل من يقوم عنه .

وان عقد الايجار عند الشافعي لازم ما دام المعقود عليه قائما ولم يحدث فيه خلل يؤدي الى عدم انتفاع المستأجر به .

ففي كتب الفقه[٣]

(واذا تكارى الرجل الدار من الرجل فالكراء لازم له لا ينفسخ بموت المكتري ولا المكري ولا بعذر ابدا ما دامت الدار قائمة فاذا دفع الدار الى المكتري كان الكراء لازما للمكتري كله الا ان يشترط عند عقد الكراء انه الى أجل معلوم فيكون اليه كالبيع) .

وقال بعض الناس للشافعي تفسخ الاجارة بالعذر ، قال الشافعي (أقلت هذا بخبر ؟ قال روينا عن شريح انه قال اذا ألقى المفتاح برىء

---

(٣) الام جـ ٣ ص ٢٥٥ .

فقيل له (كذا نقول بقول شريح فشريح لا يرى الاجارة لازمة ويرى ان كل واحد منهما فسخها بلا موت ولا عذر قال هكذا قال شريح ولسنا نأخذ بقوله ، قيل فلم تحتج بما تخالف فيه ؟) .

وفي كتب الفقه أيضا(٤)

(لا تنفسخ اجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ احد العاقدين بعذر لا يوجب خللا في المعقود عليه ـ فلو استأجر ارضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحه كجراد او سيل فليس له الفسخ لانتفاء خلل في منفعة الارض وهي المعقود عليه كما لو احترقت امتعة مستأجر حانوت) .

ما يعتبر عذرا للفسخ في الاجارة :ـ

١ ـ الاعذار التي تؤدي الى عيوب تنقص بها المنفعة .

٢ ـ ما يتعلق بالعذر الشرعي .

٣ ـ ما يتعلق بالعذر الحس ان تعلق بمصلحة عامة وغيرها .

١ ـ امثلة من العيوب التي تنقص المنفعة وتحدث خللا فى المعقود عليه وتعتبر عذرا للفسخ .

---

(٤) كتاب نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي (جـ ٥ ص ٣١١٢ ـ ٣١٣)

نوع العيب	الضرر
١ ــ تعثر ظهر الدابة في المشي	لوجود عيب في المعقود عليه لفوات المنفعة
٢ ــ العرج فى الدابة الذي تتأخر به عن القافلة	
٣ ــ ضعف البصر في الاجير للخدمة	
٤ ــ انهدام الحائط في الــــدار المستأجرة	
٥ ــ انقطاع الماء في البئر والعــــين والرحى	
٦ ــ التغير في ماء البئر الذي يمتنع به الشرب او الضوء	
٧ ــ اذا استأجر ظهرا فوجده غــير صالح للركوب	
٨ ــ الجذام او البرص في الاجــير للخدمة	
٩ ــ اذا استأجر ارضا من رجـــل فغرقت او اصابها تــــراب لاتصلح معه للزراعة	
١٠ ــ استأجر الرجل دابة بعينهــا فمرضت	
١١ ــ اذا مات الصبي الذي عقــد الاجارة على ارضاعه	لتعذر استيفاء المعقود عليه وان تراضيا على ارضاع طفــل آخر جــاز

٢ ـ امثلة من الاعذار الشرعية

١ ـ استأجر طبيبا لقلع السن المؤلمة ثم زال الوجع ٢ ـ استأجر شخصا لقطع اليد المتأكلة ثم برئت	لايجوز شرعا استئصال العضو الصحيح
٣ ـ استأجر شخصا ليقتص له ثم عفا عنه القصاص	لسقوط القصاص بالعفو
٤ ـ استأجر رجلا ليكحل عينهفرئت	لاحاجة ليكحل العين السليمة
٥ ـ استأجر امرأة لكنس مسجد فحاضت	لايجوز للحائض الدخول الى المسجد شرعا
٦ ـ استأجرت ارضا لزرعها ثم نكحت من لا يأذن بخروجها فلها الفسخ	لا يجوز للمرأة ان تخرج بدون اذن زوجها

٣ ـ امثلة من الاعذار الحسية المتعلقة بمصلحة عامة وغيرها

العذر	الضرر
١ ـ استأجر الامام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير والخروج للجهاد	لان الجهاد مصلحة عامة وبالصلح يذهب الغرض من الاجارة
٢ ـ حبس العين المستأجرة من قبل غير المستأجر سواء احبسها المكرى ، وان كان ذلك لقبض الاجرة او حبسها غاصب قبل استيفاء	لعدم استيفاء المنفعة

٣ ـ تفسخ بموت الموصى لـه اذا كانت الوصية تنصب على منفعة الدار مدى حياة الموصى لـه	لفوات شرط الموصى
٤ ـ اجر دابة فماتت او دارا فانهدمت	لفوات المنفعة بالمعقود عليه
٥ ـ تنفسخ لبلوغ الصبي المستأجر او بعتق العبد المستأجر ولا يرجع على سيده باجرة لما بعد العتق لانه تصرف فيه حالة ملكه	لكمال اهلية البائع وكمال اهلية العبد المعتق بالحرية

ما لا يعتبر عذرا في الفسخ

١ ـ لا تنفسخ بموت عاقد ، من حيث انه عاقد ، فتبقى العين المستأجرة بعد موت المؤجر عند المستأجر او وارثه ليستوفى منها المنفعة .

٢ ـ لا تنفسخ الاجارة بعذر المؤجر كمرضه وقد اجر دابة وعجز عن الخروج معها .

٣ ـ لا تنفسخ الاجارة بعذر المستأجر كتعذر وقود حمام على مستأجر أو مرض مستأجر دابة والسفر عليها لان الاستنابة من كل منهما ممكنة .

٤ ـ لا تنفسخ الاجارة لعذر لا يؤدي الى انقاص المنفعة فاذا اكترى ظهرا فوجده خشين المشى لم يرد لان ذلك لاتنقص به المنفعة .

٥ ـ لا يعتبر عذرا الخلل الذي يحدث في غير المعقود عليه مثلا ان يكتري أرضا للزراعة فيهلك الزرع بزيادة المطر او شدة البرد او دوام ثلج او أكل جراد لان الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة

الارض •

٦ ـ لا يعتبر عذرا اذا كان تعذر الانتفاع يرجع لمعنى في غير المعقود عليه. كما لو خرب ما حول الدار او الدكان المستأجر او أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكتراها • او كما لو احترقت أمتعة مستأجر حانوت •

٧ ـ ولا تنفسخ ببيع العين المؤجرة للمكتري او غيره •

٨ ـ لا تنفسخ بتعذر سفر الدابة المكتراة لطروء خوف أو سر المكترى •

النصوص الفقهية :ـ

جاء في كتب الفقه الشافعي :ـ

١ ـ (اذا وجد المستأجر بانعين المستأجرة عيبا جاز ان يرد بالعيب)، لان الاجارة كالبيع والعيب الذي يرد به ما تنقص المنفعة به ، كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة ، وضعف البصر والجذام والبرص فى المستأجر للخدمة وانهدام الحائط في الدار وانقطاع الماء فى البئر والتغير الذي يمتنع به لشرب أوالوضوء ، وغير ذلك من العيوب التى تنقص به المنفعة ، وان اكرى ظهرا للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض او ذهاب المال لم يجز له الرد وان اكترى حماما فتعذر عليه ان يوقده لم يجز له الرد ، لان المعقود عليه باق وانما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره • وان اكترى ارضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر او شدة البرد او دوام الثلج او أكل جراد لم يجز له الرد لان الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الارض ، ولو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكتراها لم يجز له الرد لان تعذر الانتفاع يرجع لمعنى في غير المعقود عليه • وان مات الصبي الذي عقد الاجارة على ارضاعه ، فالمنصوص ان ينفسخ العقد لانه تعذر استيفاء

المعقود عليه لانه لا يسكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل • ومن اصحابنا من خرج فيه قولا آخر انه لا ينفسخ ، لان المنفعة باقية ، وانما هلك المستوفى فلم ينفسخ العقد لانه تعذر استيفاء المعقود عليه كما لو استأجر دارا فمات ، فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبي آخر جاز • وان تحاشى فسخ العقد لانه تعذر امضاء العقد ففسخ وان مستأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت أو يقتص له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبالها لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ كما لو تعذر بالموت •

ولا ينفسخ على قول من خرج القول الاخر(٥) •

٢ ـ وفي كتب الفقه ايضا (ولا تنفسخ الاجارة بعذر لمؤجر كمرضه وقد أجر دابة وعجز عن الخروج معها او المستأجر كتعذر وقود حمام على مستاجر او مرض مستأجر دابة للسفر عليها لانه لا خلل في المعقود عليه والاستنابة من كل منهما ممكنة ولو استأجر ارضا لزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة فليس له الفسخ ولا حط شيء من الاجرة لان الجائحة لحقت زرع المستأجر لا منفعة الارض فلو تلفت الارض بجائحة انفسخت الاجرة في المدة الباقية • ولا تنفسخ الاجارة بسبب انقطاع مـاء أرض استؤجرت للزراعة لبقاء الارض مع امكان زرعها بغير الماء المنقطع وتنفسخ الاجارة بالعذر الشرعي كمن استأجر شخصا لقلع سن مؤلمة فزال الالم فان الاجارة تنفسخ لتعذر قلعها حينئذ شرعا •

وتنفسخ بموت الدابة والاجير المعين في المستقبل لا الماضي في الاظهر ، لفوات المعقود عليه وهو المنفعة قبل قبضها • كما ينفسخ المبيع قبل قبضه ولا فرق ان يكون الموت بآفة سماوية أو بغيرها كاتلاف المستأجر فان قيل : لو اتلف المشتري المبيع استقر عليه الثمن فهلا كان المستأجر كذلك ؟ أجيب بأن البيع ورد على العين فاذا اتلفها صار قابضا

(٥) المهذب جـ ١ ص ٤٠٥ ـ ٤٠٦

لها والاجارة واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصور ورود الاتلاف عليها •

وغصب الدابة واباق العبد بغير تفريط من المستأجر اذا وقعت الاجارة على عينهما يثبت الخيار في الفسخ لتعذر استيفاء المنفعة وان بادر المؤجر وانتزع من الغاصب ورد الدابة او العبد الابق قبل مضي مدة لمثلها اجرة سقط خيار المستأجر وانما لم تنفسخ الاجارة لبقاء عين المعقود عليه •)(٦)

وسئل ابن حجر المكي عمن استأجر لقلع سنه الوجعة فبرئت انفسخت الاجارة سواء كان له سن اخرى • فأجاب : ــ لا فرق ولا يمكن مساواتها لسن اخرى انما هو باعتبار الظاهر منها واما باعتبار اصلها المستور باللثة فلا يتحقق مساواتهما فيه فلا يجوز الابدال(٧) •

٣ ــ وجاء في كتب الفقه(٨) •

(تنفسخ الاجارة لتلف مستوفى معين ، أي ان يقع التلف على المعقود عليه ، أي ولو بفعل المستجر ، فان قيل لو اتلف المشتري المبيع استقر عليه الثمن ولاينفسخ المبيع فهلا كان المستأجر كذلك أجيب بأن البيع ورد على العين فاذا أتلفها صار قابضا لها والاجارة واردة على المنافع ومنافع المستقبل معدومة لا يتصور ورود الاتلاف عليها • ويكون العذر حسيا أو شرعيا •

فالحسي مثلا أجر دابة فماتت أو دارا فانهدمت فللمكتري الخيار ان لم يبادر المكري بالاصلاح قبل مضي المدة ولمثلها أجره ، فان كان المهدم ما يفرد بالعقد كبيت من الدار المكتراة انفسخت

(٦) كتاب مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لشيخ محمد الخطيب الشربيني جـ ٢ ص ٣٥٥ .

(٧) فتاوى ابن حجر المكي وهو احمد شهاب الدين الشافعي ولد ٩٠٠ هـ وتوفى ٩٧٤ هـ .

(٨) كتاب حاشية الجمل على شرح المنهج لزكريا الانصاري جـ ٢ ص ٥٥٧ ــ ٥٦٠ .

فيه كما صرح به الدميري ويبقى الخيار فيما بقى من الدار ، وان كان المهدم مما لا يفرد بالعقد كسقوط حائط ثبت الخيار في الجمع ان لم يبادر المكري بالاصلاح •

والعذر الشرعي كامرأة اكتريت لخدمة مسجد مدة فحاضت فيها •

وتنفسخ بحبس العين المستأجرة من قبل غير المستأجر سواء احبسها المكرى أي وان كان ذلك ليستوفي الاجر ، او حبسها غاصب سواء آكان غاصبا من المكرى أو المكتري قبل استيفاء المنفعةوان يكون الحبس بمصي مدة الاجارة فاذا اجر دابة لركوبها الى مكان وحبست مدة امكان السير عليه فلا تنفسخ اذا لم يتعذر استيفاء المنفعة •

ولا تنفسخ بموت عاقد من حيث انه عاقد فتبقى العين بعد موت المكري عند المكتري او وراثة ليستوفي منها المنفعة فان كانت في الخدمة فما التزمه دين عليه فان كان تركه استؤجر منها والا تخير الوارث فان وفي استحق الاجرة والا فللمستأجر الفسخ • وتنفسخ بموت الموصي له اذا كانت الوصية تنصب على منفعة الدار مدى حياة الموصي له ، كأن يقول أوصيت لزيد بمنفعة داري مدى حياته ثم مات وقبل زيد الوصية ثم اجر الدار عشرين سنة مثلا ثم مات وبقى منها عشرة مثلا تنفسخ الاجارة مما بقى • لا لكونه موت عاقد بل لفوات شرط الموقف او الوصي • وان كان الوقف او الوصية على الاطلاق دون تقيد لم تفسخ •

وتنفسخ ببلوغ الصبي المستأجر أو بعتق العبد المستأجر ولا يرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق لانه تصرف فيه حالة ملكه •

ولا تنفسخ ببيع العين المؤجرة للمكتري او غيره ولا يعذر في غير المعقود عليه كتعذر وقود حمام على مكتريه ومثله فيما لو عدم دخول الناس فيه لفتنه او خراب كما لو خرب ماحول الدار او الدكان وكما لو بطل امير البلدة التفرج فى السفن التي اكتراها او تعذر سفر الدابة المكتراة لطروء خوف مثلا أو (سفر) لمكتري دار أو (مرض) لمكتري دابة ليسافر عليها ومثله لمؤجرها الذي يلزمه الخروج معها او لهلاك زرع

في الارض المستأجرة فله ان يزرع زرعا ثانيا قبل فراغ مدة الاجارة وان هلك الزرع بجائحة ، كشدة حر او برد أو سيل لان كلا منها لا يؤثر في المعقود عليه ولهذا لا يحط شيء من الاجرة ويجبر المكتري بين الفسخ وامضاء الاجارة في اجارة عين بعيب يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الاجرة كانقطاع ماء أرض اكتريت لزراعة وعيب دابة يؤثر في الانتفاع بها وغصب الدار المستأجرة او اباق العبد المستأجر فان بادر المكتري الى ازالة ذلك كسوق ماء الى الارض وانتزاع الدار المغصوبة ورد العبد الآبق قبل مضي مدة لمثلها اجره سقط خيار لمكتري فان استغرق الغصب جميع مدة الاجارة انفسخت في الجميع وان زال الغصب وبقى من المدة شيء ثبت الخيار المستأجر (لتفريق الصفقة) والسبب فى الفسخ تعذر قبض المنفعة .

٥ ــ وجاء في كتب الفقه[٩]

(لا تنفسخ اجارة عينية أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ احد العاقدين بعذر لا يوجب خللا في المعقود عليه ، كعذر وقود حمام على مستأجره ، ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه لفتنة او خراب ما حوله كما لو ضرب ما حول الدار أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكتراها أو تعذر سفر لطروء خوف نحو مرض مستأجر دابة السفر ومؤجرها الذي يلزمه الخروج معها لانتفاء الخلل في المعقود عليه والاستنابة ممكنة .

نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساخ كان استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمــه وامكان عوده لا أثر له لأن خلاف الاصل ، وكذا الحس ان تعلق بمصلحة عامة كان استأجر الامام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير بناء على ما مر من عدم جواز ابدال المستوفي به ولا صح خلافه ... ولو استأجر أرضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة كجراد أو سيل ، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الاجرة لانتفاء خلل فى منفعة الارض كما لو

(٩) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي (جـ ٥ ص ٣١٢ ــ ٣١٣)

احترقت امتعة مستأجر حانوت •

وجاء في نفس المصدر[10]

(الاصل يقتضي منع الاجارة لانها بيع معدوم ، وانما جوزت الحاجة فاغتفر فيها الفسخ بخلاف البيع) •

٦ ـ وجاء في كتب الفقه[11]

(واذا اكترى الرجل الارض من الرجل بالكراء الصحيح ثم اصابها غرق منعه الزرع او ذهب بها سيل او غصبها ، فحيل بينه وبينها ، سقط عنه لكراء من يوم اصابها ذلك مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها فتنهدم في أول السنة أو آخرها والعبد يستأجره السنة فيموت في أول السنة أو أخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقى) •

هذا اذا حدثت الجائحة على المعقود عليه وهي الارض واما اذا حدثت الجائحة على الزرع لا على الارض فالكراء له لازم (فان اكتراها للزرع فمر بها ماء فأفسد زرعه او اصابه حريق أو ضريب أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الارض فالكراء له لازم فان أحب ان يجدد زرعا جدده ان كان ذلك يسكنه وان لم يسكنه فهذا شيء اصيب به في زرعه لم يصب به الارض فالكراء له لازم) ••• واذا استأجر الرجل من الرجل الارض ليزرعها فغرقت كلها قبل الزرع رجع بالاجارة لأن المنفعة لم تصل له وهي مثل الدار تنهدم قبل السنة فان غرق بعضها فهذا نقص دخل عليه فيما اكترى وله الخيار بين حبسها بالكراء او ردها لأنه لم يسلم له ما اكترى كما يكون له فى الدار لو انهدم بعضها ان يحبس ما بقى بحصته من الكراء كان انهدم نصفها فاراد ان يقيم بنصفها الباقي بنصف الكراء فذلك له لانه نقص دخل عليه فرضي بالنقص وان شاء ان يخرج ويفسخ الكراء كان ذلك له اذا كان بعض ما

---

(١٠) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي (جـ ٥ ص ٣١٨) (١١) الام جـ ٣ ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣ •

بقي من الدار والارض ليس مثل ما ذهب) .

قال ـ (واذا تكارى الرجل الدار من الرجل فالكراء لازم لـه لا ينفسخ بموت المكترى ولا المكرى ولا بحال أبدا ما دامت الدار قائمة فاذا دفع الدار الى المكتري كان الكراء لازما للمكترى كله الا ان يشترط عند عقد الكراء انه الى أجل معلوم فيكون اليه كالبيع[12] .

٧ ـ وجاء في كتب الفقه[13] .

(لا تنفسخ الاجارة بالاعدار ولا يثبت الخيار بها كما اذا استأجر دابة ليسافر عليها فمرض المستأجر او حانوتا فبدا له ، أي ظهر له مصلحة ترك الحرفة ، أو حماما فتعذر عليه الوقود . أو كان العذر للمؤجر بأن مرض أو عجز عن الخروج مع الدابة او اكرى دارا ولم يكن متأهلا فتأهل .

ولو اكترى ارضا للزراعة فهلك الزرع بآفة من سيل او حر أو برد أو مطر ونحوها فلا خيار ولاحط شيء من الاجرة (لأن الارض وهي المعقود عليه سالمة ولم يصيبها آفة) .

وكما لو اكترى حانوتا لبيع البز فأحترق بزه .

ولو استأجر أجيرا لعمل وبه عيب لا يؤثر في العمل فلا خيار .

واذا ظهر في المستأجر نقص تتفاوت به المنفعة ، ثبت الخيار ، وذلك كمرض العبد والدابة وعرجها وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث يمتنع الشرب او الوضوء ولو بادر المكرى واصلح العيب سقط الخيار .

وان استأجر اجيرا وكان العمل مما تعافه لنفس كالخدمة فله الخيار وان اجر دارا وغصبت خير المكترى فان اختار الفسخ في الحاضر والمستقبل ولو اجر مالا ثم مات او مات المستأجر فلا فسخ ولا انفساخ ولو أجر نفسه ثم مات انفسخ .

---

(١٢) الام جـ ٣ ص ٥٥

(١٣) الانوار لاعمال الابرار جـ ١ ص ٤١٣ ـ ٤١٧

ولو أجر الوالي مال الطفل او نفسه مدة لا يبلغ فيها بالسن فاحتلم في الاثناء فلا فسخ ولو أجر مدة تزيد على بلوغه بالسن يطلب في الزيادة. ولو اجر عبده ثم اعتقه نفذ .

موقف المذهب الشافعي من وضع الجوائح

قال الشافعي[١٤] (واذا اشرى الرجل الثمر فقبضه فأصابه جائحة فسواء من قبل أن يجف، أو بعدها جنى مالم يجذه وسواء كانت الجائحة ثمرة واحدة او أتت على جميع المال لا يجوز فيها الا واحد من قولين) أما ان يكون لما قبضها وكان معلوما ان يتركها الى الجذاد كان في غير معنى من قبض فلا يضمن الا ما قبض كما يشتري الرجل من الرجل الطعام كيلا فيقبض بعضه ويهلك بعضه قبل أن يقبضه فلا يضمن ما هلك لانه لم يقبضه ويضمن ما قبض .

واما ان يكون اذا قبض الثمرة كان مسلطا عليها ان شاء قطعها وان شاء تركها فما هلك في يديه فانما هلك من ماله ، لامن مال البائع ، فاما ما يخرج من هذا المعنى فلا يجوز ان يقال يضمن البائع الثلث ان اصابه جائحة فأكثر لا يضمن أقل من الثلث وانما هو اشتراها بيعه واحدة وقبضها قبضا واحدا فكيف يضمن له بعض ما قبض ولا يضمن له بعضا أرأيت لو قال رجل لا يضمن حتى يهلك المال كله لانه حينئذ بجائحة أو قال اذا هلك سهم من الف سهم ، هل الحجة عليهما الا ما وصفا ؟

قال الشافعي — والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الادمين ، والجائحة في كل ما اشترى من الثمار كان مما ييس او لا ييبس وكذلك هما في كل شيء اشترى فيترك حتى يبلغ او انه فأصابته الجائحة وضعه لأن كلا لم يقبض بكمال القبض ، واذا باع الرجل الرجل ثمره على ان يتركها الى الجذاذ ثم انقطع الماء وكانت لاصلاح الا به ،

---

(١٤) كتابي الام جـ ٣ ص ٥١ — ٥٢

فالمشتري بالخيار بين ان يأخذ جميع الثمرة بجميع الثمن وبين ان يردها كان ما أخذ منها بحصته من أصل الثمن وان اختلفا فيه فالقول قول المشتري واذا ابتاع الرجل من الرجل ثمر حائط فالسقي على رب المال لانه لا صلاح للثمرة الا به وليس على المشترى منه شيء ... واذا اشترط البائع على المشتري ان عليه السقى فالبيع فاسد من قبل ان السقي مجهول ولو كان معلوما ابطلناه من قبل انه بيع او اجارة .

وجاء في كتب الفقه[١٥] .

(وربما وقع الضرر في سلامه المبيع كبيع الثمار قبل ان يبدو صلاحها وله علتان احداهما انه لا ثقة بسلامته ككثرة الجوائح والثانية اغتذاؤه من ملك البائع بما يمتصه ويجتذبه من شجراته الى ان يبدو صلاحه ، فان قيل ثم جاز بيعه بعد بدو صلاحه مع انه ينمو بما يمتصه من ملك البائع الى اوان جذاذه ؟ قلنا : هذا نزر يسير بالنسبة الى ما قبل بدو الصلاح مع مسيس الحاجة الى أكله وبيعه بعد بدو صلاحه ولو لم يجز ذلك لتعذر على الناس أكل الثمار الرطبة وذلك ضرر عام لم ترد الشريعة بمثله) .

وقبض المبيع ان كان غير مكيل ولا موزون بنقله الى موضع عام او موضع يختص به المشتري واستثنى من ذلك الثمار على الاشجار فان الاصح ان قبضها بتخليتها لما ذكرناه من الحاجة العامة الى بيعه ليأكلها الناس رطبه)

وجاء في كتب الفقه أيضا[١٦] .

(يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا أي من غير شرط قطع ولا

---

(١٥) قواعد الاحكام في مصالح الانام لعبد العزيز عبد السلام جـ ٢ ص ١٧١

(١٦) نهاية المحتاج جـ ٢ ض ١٤١ ــ ١٤٥

ابقاء ويستحق في هذه الابقاء الى اوان الجذاذ سواء أكانت الاصـــول لاحدهما أم لغيره للخبر المتفق عليا انه صلى الله عليه وسلم نهى المتبايعين عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، ومفهوم الجواز بعد نضوجه مطلقا لا من العاهة حينئذ وقبل الصلاح ان بيع منفردا على الشجرة لا يجوز الا بشرط القطع حالا وان يكون المقطوع منتفعا به وان بيع الثمر مع الشجر بثمن واحد جاز بلا شرط لتبعية الثمر هنا للشجر الذي لا تعرض لـــه عاهة ، ويحرم بيع الزرع الاخضر وان كان بقلا لم يبد صلاحه في الارض الا بشرط قطعه او قلعه .

وبيع الثمر بعد بدو الصلاح المقصود فيه لئـلا يكون بيـع غائب ويجري ذلك في كل ما يظهر ثمره أو حبه ومالا يرى حبـه كالحنطـة والعدس في السنبل لا يصح بيعه دون سنبله لما روى عن ابن عمر انـــه (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع السنبل حتى يبيض أي يشتد) .

وجاء في كتب الفقه ايضا[١٧] .

(يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه مطلقا وبشرط قطعه ، وبشـرط ابقائه اما قبل الصلاح ان بيع منفردا عن الشجر لا يجوز الا بشرط القطع وان يكون المقطوع منتفعا به كلوز وحصرم وبلح ويحرم بيع الـــزرع الاخضر من الارض الا بشرط قطعه ، فان بيع مع الارض او بعد اشتداد الحب جاز بلا شرط لأنه (صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبـل بدو صلاحها ، رواه الشيخان والعله ــ أمن العاهه ــ لأنها تسرع اليـه الجائحة لضعفه فيفوت تبلغه الثمن . فأن باعه من غير شرط ابقائه لـم يصح البيع ويشترط لبيعه وبيع الثمر بعد بدو الصلاح ظهور المقصـود من الحب والثمر كتين وعنب وشعير ومالا يرى حبه كالحنطة والعـدس لا يصح بيعه دون سنبله .

---

(١٧) مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج للشيخ محمد الخطيب ج ٢ ص ٨٨

وبدو صلاح الثمر ظهور مبادى النضج والحلاوة فيما لا يتلون ، بأن يتموه ويلين ، وفي غيره بأن يأخذ في الحمرة او السواد او الصفرة كالبلح والعنب والمشمش والاجاص ، وفي الحبوب أشتدادها وفي نحو ورق التوت تناهيه ونحو الورد انفتاحه .

ويكفى بدو صلاح بعضه وان قل ... ومن باع ما بد اصلاحه لزمه سقيه قبل التخلية وبعدها ولو عرض ملك بعدها كبرد أو حر أو حريق فعلى المذهب الجديد انه من ضمان المشترى لان التخلية كافية فى جواز التصرف فكانت كافية في جواز نقل الضمان قياسا على العقار .

وعلى المذهب القديم من ضمان البائع لخبر مسلم انه صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح واجيب بحمله على الندب او ما قبله التخلية جمعا بين الأدلة .

ولو تعيب بالجائحة فلا خيار للمشتري على الجديد اما قبل التخلبة فلا يتصرف فيه المشتري ولو بيع ثمر قبل بدو صلاحه بشرط قطعه ولم يقطع حتى هلك بجائحة فالاولى ان يكون من ضمان المشتري .

يظهر من هذه النصوص الفقهية ان المذهب الشافعي الجديد لا يأخذ بوضع الجوائح لانه لا يصح عنده بيع الثمر او البقول قبل بدو صلاحها و بشرط ابقائه . ولأن القبض يتم عنده بالتخلية واذا قبض المشترى كان مسلطا عليها ان شاء قطعها وان شاء تركها فما هلك من يده فأنما هلك من ماله ، لا من مال البائع .

واذا باع الرجل الرجل ثمرة على ان يتركها الى الجذاذ ثم انقطع الماء وكانت لاصلاح الا به فالمشتري بالخيار بين ان يأخذ جميع الثمرة بجميع الثمن وبين ان يردها بالعيب الذي دخلها فأن ردها بالعيب الذي دخلها وقد اخذ منها شيئا ، كان ما اخذ منها بحصته من اصل الثمن وان اختلفا فيه فالقول قول المشتري .

والشافعى يميز بين غرضين •

١ ـ يتفق المشترى مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى يـوم قطفه فلا يعتبر انه تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا للقاعدة العامة (ان الهلاك على البائع قبل التسليم) •

٢ ـ يخلى البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعـــدة العامة ايضا من ان الهلاك على المشنري بعد التسليم •

الفصل الثالث

تطبيقات النظرية في الفقه المالكي

موقف المذهب المالكي من فسخ الايجار بالعذر

يقر المذهب المالكي فسخ الايجار للعذر ولكن في حدود أضيق بكثير من المذهب الحنفي ـ ففي هذا المذهب ـ تنفسخ الاجارة ، بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، مثل شفاء ألم السن المستأجر على قلعها او العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه وتنفسخ الاجارة بحمل الظئر المستأجرة لارضاع طفل ، لانه يخاف على الولد من لبنها ، وان انقطع الماء عن الرحى المستأجرة فسخت الاجارة للعذر وان استأجر عبدا للخدمة او دابة فاعتلت كان هذا عذرا والقاعدة العامة هي (كلما تستوفى به المنفعة لا تنفسخ الاجارة بتلفه أو بوجود عائق يحول بينه وبين استيفاء المنفعة وكلما تستوفى منه المنفعة تنفسخ الاجارة بتلفه . . . .

ما يعتبر عذرا للفسخ

العلة	العذر
لتعذر استيفاء المنفعة للعذر الشرعي	١ ـ استأجر طبيبا لقلع ضرس متألمة ثم سكن الألم ٢ ـ استأجر رجلا لتنفيذ القصاص ثم عفى ذى القصاص عن المقتص •
لتعذر استيفاء المنفعة من قبل المستأجر	٣ ـ استأجر دارا فغصبت اوغصبت منفعتها اذا كان الغاصب لاتناله الأحكام فأذا كان المستأجر يقدر على تخليص ما يغصب منه ولم يفعل لا تنفسخ كذلك انهدام الدار المستأجرة كلها •
لتعذر استيفاء المنفعة من قبل المستأجر	٤ ـ اجر حانوتا فصدر أمر السلطان باغلاقه بحيث لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بها •
للخوف على الرضيع من لبنها	٥ ـ أجر ظئرا لأرضاع طفل فحملت او مرضت بحيث لا تقدر معه على ارضاعه
لفوات المنفعة	٦ ـ اجر عبدا فمرض بحيث لا قدرة له على فعل ما استؤجر عليه •
لكمال أهليته عند البلوغ	٧ ـ اجر صغيرا فبلغ الرشد وهنا ان شاء الصغير الفسخ بعد بلوغه وان شاء امضى الاجارة

ما لا يعتبر عذرا للفسخ

١ ـ انهدام بعض الدار المستأجرة لا يوجب فسخ الكراء[١] .

٢ ـ لا تنفسخ الاجارة بموت احد العاقدين[٢] .

٣ ـ لا تنفسخ الاجارة بعذر طارىء على المكتري حانوتا فيحرق متاعه او يسرق[٣] .

٤ ـ وان ظهر من مكترى فسوق أو سرقة لم ينفسخ الكراء ولكن السلطان يكف اذاه[٤] .

٥ ـ اكترى دابة ثم عرض له غريم فحبسه فالكراء لازم[٥] .

٦ ـ اذا استأجر دابة غير معينة لركوب ثم ماتت لا تنفسخ الاجارة ويسكن ابدالها[٦] .

٧ ـ لا تنفسخ الاجارة بتلف ما يستوفى به المنفعة اذ يمكن ان يقوم وارثه مقامه[٧] .

النصوص الفقهية

١ ـ جاء فى كتب الفقه[٨]

(قلت هل يجوز لي ان استأجر رحى الماء في قول مالك .

قال سئل مالكا عن هذه المسألة أهل الاندلس فقال لابأس في ذلك

قلت وان انقطع الماء عنها أيكون هذا عذرا تفسخ به الاجارة ؟

قال لم اسمع من مالك في انقطاع الماء عنها شيئا وأراه عذرا قلت أرأيت ان عاد الماء في بقية من وقت الاجارة ؟ قال ـ قال مالك في العبد يؤجر فيمرض انه ان صح لزم المستأجر الاجارة فيما بقى من الوقت

---

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٦٨ ـ ٢٦٩ .

(٥) المدونه الكبرى جـ ١١ ص ١١٦ .

(٦) ، (٧) شرح الدسوقي على الدردير جـ ٤ ص ٢٧ ـ ٣٥ .

(٨) المدونه الكبرى جـ ١١ ص ٥٦ ، ٧٨ ، ٨٤ ، ٩٧ ، ١١٦ ، ١٧٢ ، ١٧٣

كذلك رحى الماء أيضا) .

(قلت أرأيت أن أستأجر رجل عبدا فهرب الى دار الحرب ؟
قال تنفسخ الاجارة فيما بينهما الا ان يرجع العبد في بقية من وقت الاجارة كما وصفت لك . قلت أرأيت ان هرب السيد ؟ قال الاجـارة بحالها لا تنتقض) .

(قلت أرأيت ان حملت المرضع ، فخافوا على الصبي أيكون لهم أن يفسخوا الاجارة ؟ قال نعم قلت تحفظه عن مالك ؟ قال ولكنه رأى لانهم اكتروها بعينها على ان ترضع لهم) .

(قلت أرأيت ان اكتريت دابة الى مكة فلما كنت فى بعض المناهـل عرض لي غريم فحبسني قال الكراء لك لازم ويقال لك اكر الدابة مـن مثلك الى مكة قلت فان كان على الدابة حمولة اكتريتها لاحمل عليهـا فعرض لي غريم فأراد المتاع .

قال ــ قال مالك المكرى اولى بالمتاع الذي معه على حمولته حتى يقبض حقه) .

(قلت أرأيت ان استأجرت أرضا فزرعتها فأصابها مطر شديد ... فاقام الماء فيها العشرة ايام أو العشرين أو الشهر ونحوه فقتل الماء الزرع ، ايلزم المتكارى الكراء كله أم يجعله مالك بمنزله البرد والجراد والجليد أم يجعله بمنزلة القحط ؟

قال لم أسمع من مالك فيه شيئا الا ان كان بعد مضي أيـام الحرث فهو عندي بمنزلة البرد والجليد كذلك قال مالك ان الارض اذا اكتراها فجاءه من الماء ما منعه الزرع انه لاكراء عليه ، وان كان أصابها في زمـان الحرث فهلك ثم انكشف الماء فى وقت يدرك فيـه الحـرث فالكراء لـه لازم ، لأنه قد يدرك أن يزرع .)

٢ ــ وجاء في نفس المصدر أيضا[٩] .

(٩) المدونه الكبرى جـ ١١ ص ١١٧ .

(قلت أرأيت ان أستأجرت عبدا للخدمة فمرض أو دابة أركبها الى موضع كذا فأعتلت الدابة أيكون هذا عذرا واناقضه الكراء ؟ قال نعم الا ان العبد ان صح في بقية من وقت لاجارة عمل لك ما صح فيه من ذلك عليك كراء ما عمل لك ويسقط عنك كراء ما مرض فيه . قال مالك والدابة عندي ليست بهذه المنزلة لأن الدابة اذا اعتلت وقد تكاراها الى موضع فية لم يتخلف عليها فهي وان صحت قبل ان يبلغ صاحبها الذي تكاراها لم يلزم الكراء لأن الذي اكترى لا يقدر على القيام عليها وهى وان صحت بعده لم تلحقه وهي أيضا لو لحقته لعله ان يكون قد اكترى غيرها فأن لزمه هذا أيضا ، فقد دخل عليه في ذلك ضرر ، وذلك مخالف الخدمة ، قلت أرأيت ان قال المتكاري ان اقيم على الدابة حتى تشفى من علتها ثم اركبها وقال ربها لا أقيم عليها وان اريد بيعها اذا صارت لا تحمل ولا أقدر على المقام عليها والنفقة (قال) ينظر الى ذلك فأن الامراض مختلفة ، اذا كان مرض يرجى برؤه بعد يوم أو يومين والامر القريب (لايكون فيه ضرر) على المكري لهذا يحبس رب الدابة على دابته حتى ينظر الى ما يصير اليه امرها وان كان مرضا لا يرجى برؤه الا بعد زمان ويتطاول أمرها ويكون في ذلك ضرر على صاحبها في اقامتها عليها في بلاد اهل السفر فيها يجحف بالمكرى ويقطعه عن عياله فلا يصلح الضرر بينهما وانما ينظر في هذا الى ما لا ضرر فيه عليها) .

ويبين في نفس المصدر(١٠) الفرق بين الآفة السماوية وفعل المستأجر وفعل الغير .

(قلت أرأيت ان اكريت دابتي أو نفس لأحمل عليها دهنا أو طعاما فزحمني الناس فانكسرت الآنية التي فيها الدهن او الطعام ففسد ذلك أعلى من الضمان ؟ قال على الذى زحمك (لأن هذا من تقصير قبل الغير) وقال في الرجلين يحملان جرتين أو غير ذلك فاصطدما في الطريق

(١٠) المدونه الكبرى جـ ١١ ص ١٣٤ .

(قال) ان كانت انكسرت احداهما وسلمت الاخرى ضمن الذي سلم الذي لم يسلم وان انكسرت جميعا ضمن كل واحد منهما لصاحبه (لأن التقصير بفعلهما) قال مالك وكذلك الفرسان يصطدمان عليهما راكبان فيموتان ويموت الفرسان ، قال ، ضمان الفرسين كل واحد منهما في مال صاحبه فقلت لمالك فالسفينتان تحمل احداهما على صاحبتها فتصطدمها فتكسرها فيذهب ما فيها وتغرقها قال مالك لا يشبهان عندي الفرسين وذلك لأن الريح هي التي عملت (آفة سماوية) فالريح تغلب أهل السفينة ان يصرفوها أو يعدلوها الا اذا علم تقصير من النوتية) •

٣ — وجاء فى كتب الفقه أيضا(١١) •

(ويوجب الفسخ وجود عيب أو ذهاب محل المنفعة كانهدام الدار كلها فأن انهدم بعضها لم ينفسخ الكراء ولم يجبر رب الدار على اصلاحها ولا ينفسخ بموت احد المتعاقدين ولا بعذر طارىء على المكتري حانوتا فيحرق متاعه او يسرق خلافا لأبي حنيفة في المسألتين وان ظهر من مكترى فسوق أو سرقة لم ينفسخ الكراء ولكن السلطان يكف اذاه وان رأى ان يخرجه اخرجه واكراها عليه ويبيعها على مالكها ان ظهر ذلك منه ويعاقبه •

واذا وقع الكراء والاجارة على وجه فاسد فسخ فأن كانت المنفعة قد استوفيت رجع لكراء المثل او أجره لمثل •

٤ — وجاء في كتب الفقه أيضا(١٢) •

(اذا استأجر دابة للركوب وتعذر ركوبه لموت أو لمرض أو حبس لم تنفسخ الاجارة ويلزمه أو وارثه الاتيان بالخلف او دفع جميع الاجرة واذا أستأجر دابة بعينها ثم ماتت تنفسخ الاجارة ، اما اذا كانت الدابة غير معينة فلا تنفسخ الاجارة ويمكن ابدالها •

وتفسخ الاجارة بتلف ما يستوفى منه لا بتلف ما تستوفى به المنفعة

---

(١١) القوانين الفقهية لابن جزى ص ٢٦٨ ، ٢٦٩ .
(١٢) حاشية الدسوقي على شرح الدروى جـ ٤ ص ٢٧ — ٣٥ .

فكل عين يستوفى منها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الاجارة كموت الدابة المعينة وانهدام الدار المعينة وكل عين تستوفى بها المنفعة فبهلاكها لا تنفسخ الاجارة كموت الشخص المستأجر للعين المعينة ويقوم وارثه مقامه) .

٥ ــ وجاء في كتب الفقه أيضا[١٣] .

(وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا ، كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو عفى عن القصاص لمستأجر على استيفائه ، قال بن عرفه قلت هذا اذا كان العفو من غير المستأجر وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه والا ظهر انه لا يصدق الا ان يقوم دليل على ذلك) .

(سئل ابن ابى يزيد اذا أصاب الاجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه من البناء قال فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم ، ومثله المجنون ولغيره يكون له جميع الاجر لان المنع لم يأت من قبله) .

٦ ــ وجاء فى كتب الفقه[١٤] .

(لا يضمن الاجراء المهلوك في ثلاثة أقسام : ــ

١ ــ ما هلك بسبب حامله من عثار أو ضعف أو ذهاب دابة أو سفينة بما فيها فلا ضمان ولا اجرة ، قال مالك وقال غيره ما هلك بعثار كالهالك بأمر سماوي .

٢ ــ ما هلك بأمر سماوي بالبينة فله الكراء كله وعليه ، أي على الاجير ، حمل مثله من موضع الهلاك لأن اجزاء المنفعة مضمونة عليه .

٣ ــ ما هلك بأيديهم من العروض يصدقون فيه لعدم التهمة ولهم الكراء كله عليها حمل مثله من موضع الهلاك لأنهم لما صدقوا ، أشبه ما هلك بأمر سماوي .

وفي نفس المصدر ايضا : ــ

---

(١٣) الحطاب جـ ٥ ص ٤٣٢ ــ ٤٣٣ .

(١٤) الفروق للقوافى طبعة أولى ذى الحجة ١٣٤٦ هـ جـ ص ٢٧ ــ ٢٩

(اذا استحق بعض ما أشتريته ، أوجدت به عيبا ، فله احوال لأنه اما ان يكون مثليا أو مقوما وأما أن يكون معينا أو شائعا ، فالمثلي هو المكيل والموزن فإن كان المستحق منه قليله لزمك باقيه ، لأن القليل لا يخل بمقصود العقد والاصل لزوم العقد ، لك . وان استحق كثيره فأنك تخير بين حبس الباقي بحصته من الثمن لانه حقك في العقد وبين رده لذهاب المقصود وهو جل المعقود عليه فقد ذهب مقصود العقد في المعنى واما المقوم غير المثلى اذ استحق افلها ان كانت ثيابا ونحوها رجعت بحصته من الثمن لبقاء جل المعقود عليه فلم يختل مقصود العقد وان استحق وجه الصفقة انتقضت كلها او يرد باقيها لفوات مقصود العقد ويحرم التمسك بما بقي في حصته من الثمن لأن حصته لا تعرف حتى تقوم فهو بيع بثمن مجهول هذا في استحقاق المعين وكذلك فى العيب) .

موقف المذهب المالكي من وضع الجوائح

كما ان الاحناف يفسحون المجال للفسخ بالاعذار لعقد الايجار بصورة واسعة نرى ان المالكية يفسحون المجال لانقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار والبقول ويتفق الحنابلة مع المالكية في وضع الجوائح ــ اما الشافعية والحنفية فلا يقرون ذلك .

معنى الجائحة

الجائحة هي الآفة السماوية التي تصيب الثمر كالبرد والعفن ودودة القطن والعطش يعتبر جائحة بلا خلاف .

أما اذا كانت الجائحة من صنع الآدميين كالسرقة فبعض من اصحاب مالك رآه جائحة كما روى عن (ابن القاسم) (وابن سحنون) وبعض لم يره جائحة فقال (مطرف) لا يكون جائحة الا ما أصاب الثمرة من أمر السماء .

والذين رأوا صنع الآدميين جائحة انقسموا الى قسمين ـ فبعض رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ، ولم ير ما كان منه مباغتة (الاخذ على غرة) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه •

فمن جعلها في الامور السماوية فقط أعتمد على ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام (أرأيت ان منع الله الثمرة ••) ومن جعلها في أفعال الآدميين ايضا شبهها بالامور السماوية ومن أستثنى اللص قال يمكن التحفظ منه •

فأذن هناك آراء ثلاثة في مذهب مالك : ـ

١ ـ رأي يذهب الى الجائحة فى الامور السماوية فقط مثل (سطرف) •

٢ ـ رأي يذهب الى ان الجائحة تشمل أيضا أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها وهو مذهب ابن نافع وابن القاسم في المدونة •

٣ ـ رأي يذهب الى ان الجائحة تشمل الامور السماوية وأعمال الآدميين حتى تلك التي يمكن التحرز منها مادامت من غير فعل المشتري وهو ما روي عن ابن القاسم ايضا •

ما توضع فيه الجائحة

انما يوضع فيه الجائحة يرجع الى معنيين أحدهما جنس الثمرة والثاني معني يقترن بها :

١ ـ فأما ما يتعلق بجنس الثمرة فهو كل بيع يحتاج الى بقائه فى أصله والحاجة الى ذلك تكون على ضربين •

آ ـ أحدهما لغرض انتهاء صلاحها وطيبها كثمرة النخل والعنب اذا أشترى عند بدو صلاحه وكثمرة التفاح والبطيخ والورد والياسمين والفول والجلبان •

ب ـ والثاني ما يحتاج الى بقائه في اصله لبقاء رطوبته ونظارته كثمرة العنب اشتريت بعد انتهاء طيبها وكالبقول والقصيل واصول البصل والثوم الباقية تحت الارض •

فأما ما يحتاج الى بقائه في أصله لتمام صلاحه فلا خوف عندنا في وضع الجائحة فيه وأما ما لا يحتاج الى بقائه في اصله لتمام صلاحه ولا لبقاء نظارته كالثمر واليابس والزرع فلا خلاف في انه لا توضع فيه جائحة • لأن تسليمه قد كمل بتخلي البائع عنه الى المشتري وليس له في اصله منفعة ينتظر استيفاؤها واما ما يحتاج الى بقائه في اصله لحفظ نظارته كالعنب يشترى بعد تمام صلاحه والقصيل في البقول فقد اختلف اصحابنا في مسائل يجب ردها الى أصل واحد فروى ابن القاسم ان من اشترى الثمر في رؤوس النخل قد طابت طيبا بينا فأصابتها الجائحة فليس على البائع من ذلك شيء ، وسئل بن القاسم عن قصب السكر فقال لا توضع فيه جائحة لانه لا يباع حتى يتم قال سحنون اذا تناهى العنب وآن قطافه لم توضع فيه جائحة وانما اختلف في وضع الجائحة في البقول ، فقسم لم يوضع الجائحة ، لأنه قال ان ما يلزم البائع من تمام صلاح الثمرة لم يوجد فلا يصح تسليم الثمرة الا بعد وجود الصلاح وقسم اخذ بوضع الجائحة لأنه قال ان بقاء الثمرة في الاصل لحفظ رطوبتها ونضارتها وجه مقصود •

٢٠ ـ ومن باع ثمر حائطه واستثنى منه اصوعا مقدرة فأصابتها جائحة فقد روى ابن القاسم واشهب عن مالك توضع من العدد والمستثنى بقدره وقال ابن القاسم في المدونه ان قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع من المستثنى شيء وان بلغت الثلث وضع عن المبتاع مما استثنى البائع بقدر ما يوضع عنه من ثمن الثمرة •

مقدار الجائحة التي توضع من الثمن

المبيع من هذا الجنس على ثلاثة أنواع : ـ

١ ـ ثمار التين والتمر والعنب وما شابهها من الجوز واللوز والتفاح فهذه يراعي في جوائحها الثلث فأن قصرت الجائحة عن الثلث لم يوضع عن المشتري منها وان بلغت الثلث فأكثر وضع عنه جميعها •

٢ ـ البقول فيها رأيان : ـ

آ ـ رأي يشترط ان تبلغ الثلث •

ب ـ رأي لا يشترط الثلث فتوضع حتى في أقل من الثلث ما دامت الخسارة تزيد على المألوف مما جرت العادة ان يلتقطه الطير •

٣ ـ وان كان المبيع من الثمار أجناس مختلفة عنبا وتينا ورمانا وياسمينا ووردا واصيب جنس فيها بجائحة وسلم سائرها فأن جائحة كل جنس من ذلك معبر بنفسه ان بلغت ثلثه وضعت وان قصرت لم توضع •

في كيفية حساب الثلث رأيان : ـ

١ ـ رأي ابن القاسم يحسب ثلث الثمار بالكيل اولا فأذا بلغت الخسارة هذا المقدار من الكيل توضع الجائحة • فأن كانت الثمار نوعا واحدا لا تختلف قيمة بطونه ، حط من الثمن الثلث أو أكثر بمقدار الخسارة • وان كانت الثمار انواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم بحسب وقت جنيها اعتبرت قيمة الثلث التالف من قيمة الجميع •

٢ ـ ويرى اشهب ان الثلث يحسب من « ثلث القيمة » فأذا ذهب من الثمر ما قيمته الثلث سواء كان ثلث في الكيل أو أقل أو أكثر وضع عنه

الثلث عن الثمن •

(والمالكية يحتجون في مصيرهم التقدير في وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيه مطلقا ، بأن القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير ، اذا كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمرة • فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة ، وان لم يدخل بالنطق وايضا فأن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي التفريق بين القليل والكثير واذا وجب الفرق ، وجب ان يعتبر فيه الثلث ، اذ قد اعتبره الشرع من مواضع كثيرة • وان كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله أياه ههنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب من أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء • وكذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام ، الثلث والثلث كثير •)[١٥] •

وقت اصابة الثمار بالجائحة

هو الوقت الذي يحتاج الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلفوا اذا استبقى المشتري الثمار بعد ن استوفت طيبها ليبيعها على النظارة شيئا فشيئا فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب الفقهاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة • فمن غلب الاتفاق اوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة • أعني من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب ، قال بوجوب الجائحة فيه ، ومن لم يرضيها

---

(١٥) بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٨٧ .

واحدا قال ليس فيه جائحة • ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول •

فرأي يرى ما يرويه بن زياد عن مالك ان البقل اذا جائحته الثلث ، وضع عن المشتري وان لم تبلغ الثلث لم يوضع عنه شيء •

ورأي يرى الى ان يوضع عن المشتري من البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو كثر ولا ينظر الى الثلث ، انما يعتمد على ان البقول تحتاج الى ماء كثير ، فاذا أصابتها جائحة رجع هذا في الغالب الى العطش والبائع مسؤول عنه دائما •

النصوص الفقهية

١ ــ جاء في كتب الفقه[١٦] فيما يخص مقدار الجائحة :

(قلت لأبن القاسم أرأيت المقاثي هل فيها جائحة في قول مالك ؟ قال نعم اذا أصابت الثلث فصاعدا وضع من المشتري ما أصابت الجائحة• قلت أرأيت ان اشتراها وفيها بطيخ وقثاء ، فأصابت الجائحة جميع ما في المقثأة من ثمرتها وهي تطعم في المستقبل ، كيف يعرف ما أصابت الجائحة منها ؟ قال ابن القاسم تفسير ذلك انه يكون مثل كراء الارضين والدور وانه ينظر الى المقثأة كم كان نباتها من اول ما أشترى الى آخر ما تنقطع ثمرتها • فينظر كم قطف منها وكم أصابت الجائحة منها ، فاذا كانت ما أصابت الجائحة منها ثلث الثمرة ، نظر الى قيمة ما قطف منها ، وأن كان قيمته النصف أو أقل من الثلث لم يكن له الا قدر ذلك • لان حملها في الاشهر ونفاقها في الاشهر مختلف ، فتقوم ويقوم ما بقي من النبات مما لم يأت بعد من كثرة نباته ونفاقه في الاسواق مما يعرف من ناحية نباته ، فينظر الى الذي لم تصبه الجائحة فيقوم على حدته ثم يقوم

(١٦) المدونه الكبرى جـ ١٢ ص ٢٥ ــ ٢٦ •

الذي اصابته الجائحة على حدة • فينظر ما بلغ ذلك من جميع الثمـرة ؟ فأن كانت الثمرة التي اكلها المشتري هي نصف القيمة او اقل من النصف أو أكثر ، فربما كان طعام المقثاة في أوله هو اقله واغلاه ثمنا تكـــون البطيخة او الفقوسة و لقثاة بعشرة أفلس أو نصف درهم أو بدرهم وفي آخر الزمان تكون بالفلس والفلسين والثلاثة • فيكون القليل الذي كان في البطن الاول اكثر المقثاة ثمنا لنفاقه في السوق وعلى هذا يقع شـــراء الناس انما يحمل اوله آخره وآخره أوله ولو كان انما وقع الشراء علـى كل بطن على حدته لكان كل بطن جزء من الثمن مسمى وانما تحســب بطون المقثأة التي تطعم فيها بقدر اطعامها من قدر نفاقها في الاسواق من كل بطن ثم يقوم ما اطعمت في كل زمان على قدر نفاقه فى الاسواق في كل بطن ثم يقسم الثمن على جميع ذلك • فان كان البطن هو النصـــف او الثلثين رد بقدر ذلك ، ولا يلتفت الى نباتها في اطعامها فيقسم على قـدر كثرته وعدده من غير ان ينظر الى اسواقه • ولكن ينظر الى كثرته ونفاقه في الأسواق) •

وجاء في نفس المصدر أيضا[١٧] فيما يخص الجائحة في البقول :

(أرأيت البقول والكراث والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل والمجل ، اذا اشترى الرجل هذه الاشياء التي ذكرت لك وما أشـــبهها فأصابتها جائحة أقل من الثلث . هل يوضع عن المشتري شيء أم لا ؟ قال — قال مالك أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منهـا قل أو كثر . ولا ينظر فيه الى الثلث • وقد ذكر علي بن زياد عن مالك ان البقل اذا تلفت جائحته الثلث وضع عن المشتري ، وان لم تبلغ الثلث لم يوضع فيه شيء هذا ويبدو ان الرأي الذي يذهب الى ان يوضع عـــن المشتري في البقول كل ما أصابته الجائحة قل أو كثر ولا ينظر الى الثلث، انما يعتمد على ان البقول تحتاج الى ماء كثير ، فأذا أصابتها جائحة رجع

(١٧) المدونه جـ ١٢ ص ٣٢ .

هذا فى الغالب الى العطش ، والبائع مسؤول عنه دائما) •

وجاء أيضا في نفس المصدر[18] فيما يخص تعداد الجوائح :

(قلت أرأيت الجراد أهو جائحة في قول مالك أم لا ؟ قال الجراد جائحة عند مالك ، وقلت وكذلك النار في قول مالك ؟ قال نعم ، قال وكذلك البرد والمطر والطير الغالب تأتي فتأكل الثمرة والدود وعفن الثمار في رؤوس الشجر والسموم تصيب الثمرة والعطش من انقطاع الماء أو السماء احتسبت عن الثمرة حتى ماتت أترى هذا من الجوائح ؟ قال — قال مالك في الماء اذا انقطع عن الثمرة ماء العيون وضع عن المشتري ما ذهب من الثمرة من قبل الماء قليلا كان أو كثيرا وما بقي فهو للمشتري بما يصيبه من الثمن وكذلك كل ما يسبب العطش ، قال ابن القاسم ولو ان سارقا سرقها كانت جائحة وقال ابن نافع ليس السارق بجائحة ، وقال مالك في الجيش يأخذ ثمرة النخيل هو جائحة •

٢ — وجاء في كتب الفقه[19] في أدلة وضع الجوائح : —

(عن محمد بن عبد الرحمن عن ام عمرة بنت عبد الرحمن سمعها تقول : —

ابتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فعالجه وقام فيه حتى يتبين له النقصان فسأل رب الحائط ان يضع له وان يقيله فحلف ان لا يفعل فذهبت أم المشتري الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام تالى ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فأتى الى رسول الله فقال رسول الله هو له) •

(١٨) المدونه جـ ١٢ ص ٣٧ ، ٣٨ •
(١٩) المنتقي في شرح موطأ مالك وتأليف القاضي سليمان بن خلف طبعة أولى ١٣٣٢ هـ •

قال مالك لهذا الحديث في هذا الباب يدل على ان محله على -
الجائحة وهي من باب النقصان فلذلك أنكر على من تألى الا يضعها .
فسأله ان يضع عنه - أي ان يحط عنه من الثمن بقدر الجائحة .
قوله تألي الا يفعل خيرا - انكار لحلفه على مثل هذا .
وعن مالك انه بلغه ان عمر بن عبد العزيز قضي بوضع الجائحة قال مالك وعلى ذلك الامر عندنا ومقدار ما تصيب الجائحة - يقول مالك اذا كانت الجائحة أذهبت ثلث الثمرة فأكثر من الثمن ووضع الجائحة عن المشتري قال مالك في المختصر الكبير ولو شرط البراءة من الجائحة البائع لم ينفعه ذلك وبطل شرطه) .

وثبت في الصحيح ما روي عن مسلم في صحيحه عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وعنه قال - قال رسول الله عليه الصلاة والسلام (اذا بعت من أخيك بيعا فأصابته جائحة فلا يحل ان تأخذ من مال أخيك شيئا ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق)[٢٠] .
وأصحاب الحديث قالوا - وضع الجائحة لازم بقدر ما هلك .
وفي لفظ آخر ما رواه مالك في موطأة (أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لا ينبعي ان يأخذ أحدكم مال أخيه باطلا)[٢١] لأنه اذا تلفت الثمرة لا يبقى للمشتري في مقابله ما دفعه شيء .

وروي في الحديث عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يبتاعون الثمار فأذا جد الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع انه أصاب الثمر الدمان أصابه قثام ، عاهات يحتجون بها فقال رسول الله لما كثرت عنده الخصومة ذي ذلك (فأما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر) كالمشورة يشير بها لكثرة خصوماتهم .

---

(٢٠) شرح الامام النوري على متن صحيح الامام مسلم ، على حاشية شرح القسطلاني للنجاري ص ١٣٨ .
(٢١) شرح الزرقاني طوطا مالك سنة ١٣٥٥ هـ .

الفصل الرابع

موقف المذهب الحنبلي من فسخ الايجار بالاعذار

الاصل في المذهب الحنبلي الا تفسخ الاجارة بالعذر الا اذا أحدث:

١ ــ خللا أو عيبا في المعقود عليه تنقص به المنفعة •

٢ ــ او تعذر استيفاء المنفعة تعذرا شرعيا • ولا يعتد بالعذر فى غير ذلك الا ان المذهب الحنبلي يزيد بأن يعتد بالعذر في غير ذلك •

٣ ــ اذا كان حدثا عاما يشمل جميع الناس لا خاصا بالعقد وحده وفي هذا يقرب المذهب الحنبلي من القانون المدني المصري فيما قدمناه •

اما اذا كان الخوف خاصا بالمستأجر كان يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستأجر او حلولهم في طريقه ، وكأن يحبس او يمــرض أو يتلف متاعه ، فليست هذه باعذار لانها خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعا مطلقا •

ما يعتبر عذرا للفسخ (أمثلة)

العذر الذي يحدث خللا في المعقود عليه	العلة
١ ــ غرق الارض المستأجرة للزراعة أو انقطاع مائها بحيث يتعذر الزرع •	لتعذر استيفاء المنفعة وذهاب غرض العقد •
٢ ــ قلة ماء الارض المستأجرة للزرع بحيث لا يكفي للزرع •	لانه يحدث عيبا في المعقود عليه
٣ ــ موت المرضعة المستأجرة لارضاع طفل أو موت الطفل الذي استأجرت المرضعة لارضاعه •	تعذر استيفاء المعقود عليه
٤ ــ اذا هلكت الدابة المستأجرة •	
٥ ــ موت الراكب للدابة المستأجرة ان لم يخلف بدلا أي من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة •	لعدم استيفاء المنفعة
٦ ــ غصب العين المستأجرة بين الفسخ وعليه اجرة ما مضى وبين الامضاء مطالبة الغاصب بأجرة المثل •	

أمثلة ما يعتبر عذراً للفسخ

العذر الشرعي الذي يؤدي الى تعذر استيفاء المنفعة	العلة
١ ـ اذا برىء الضرس قبل قلعه وكان قد اجر طبيبا على قلعه •	لا يجوز قلع الضرس الصحيح
٢ ـ أجر طبيبا لقلع ضرسه ثم بدا له الا يقلعه فأمتنع عن قلعه •	اتلاف جزء من الانسان محرم في الاصل وصاحب الضرس اعلم بمضرته ومنفعته
٣ ـ استؤجر أجير لعمل شيء في ذمته كنسخ كتاب ثم تعذر عليه العمل •	للمستأجر الفسخ لفوات المنفعة
٤ ـ استؤجرت لكنس مسجد فحاضت أثناء مدة الاجارة •	لان الحائض لا يجوز لها دخول المسجد أثناء مدة الحيض
٥ ـ استأجر طبيبا لقلع اليد المتآكلة فبرئت •	لا يجوز شرعا قطع اليد الصحيحة

العذر الذي يعتبر حدثا عاما	العـــلة
١ ــ حدوث خوف عام يمنـــــع المستأجر من سكن العـــين المستأجرة •	
٢ ــ حصر البلد أو صدور منـــع التجول بأمر الحاكم العسكري فأمتنع خروج المستأجر الـــى الارض المستأجرة •	لانه أمر غالب وعام
٣ ــ استأجر دابة ليركبها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليـــه لخوف حادث	يمنع المستأجر استيفاء المنفعة
٤ ــ اكترى ابلا ليحج عليها الـــى مكة من طريق معين ثم لـــم يحج الناس من ذلك الطريـــق ذلك العام •	

ما لا يعتبر عذرا للفسخ

١ ــ اذا غرق الزرع او هلك بحريق أو جراد أو برد وغير ذلك فلا فسخ لأن التالف غير المعقود عليه وهي الارض •

٢ ــ اذا خاف المستأجر لقرب أعدائه من الموضع المستأجر أو حلولهم في طريقة لا يعتبر ذلك عذرا •

٣ ــ لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين مع سلامة المعقود عليه •

٤ ــ لا تنفسخ بعذر المستأجر وللمؤجر مثل ضياع نفقة المستأجر للحج أو احتراق متاع من أكترى دكانا •

٥ ـ من استأجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من ماله من يعمله مالم تشترط مباشرته •

٦ ـ لا يضمن أجر خاص الا اذا تعدى او فرط •

٧ ـ لا يضمن الاجير المشترط ما تلف من حرزه او بغير فعله لأن يده يد امانه •

٨ ـ لا تنفسخ الاجارة بموت المرضعة المستأجرة ويجب في مالها أجرة من ترضعه واما موت الطفل الرضيع فتنفسخ به الاجارة •

النصوص الفقهية

١ ـ جاء في كتب الفقه الحنبلي(١) : ـ

(الاجارة عقد لازم من الطرفين ، وليس لاحدهما فسخها وان بدا له قبل انقضاء مدة الاجارة فعليه الاجرة) •

فالاجارة عقد لازم يقتضي تمليك المؤجر الاجرة ، والمستأجر المنافع فاذا فسخها المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنفسخ ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها في حال كون يد المستأجر عليها فان تصرف فيها قبل انقضاء المدة ، قبل ان يسكن المالك الدار او يؤجرها لغيره ، لم تنفسخ الاجارة وعلى المستأجر جميع الاجرة وله على المالك اجرة المثل لما سكن او تصرف فيه •

وأما اذا تصرف المالك قبل تسليمها أو امتنع حتى انقضت المدة فان الاجارة تنفسخ وان سلمها اليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى وتجب اجرة الباقي بالحصة •

---

(١) الانصاف للمرداوي ج ص ٥٨ ـ ٧٨ •

أعذار الفسخ :ــ

١ ــ أن هرب الاجير متى انقضت المدة انفسخت الاجارة وان كان على عمل : ــ خير المستأجر بين الفسخ والصبر ، أي امضاء العقد . فإذا هرب الاجير او شردت الدابة المستأجرة ، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب ــ ولم تنفسخ الاجارة ويثبت له خيار الفسخ فأن فسخ فلا كلام . وان لم يفسخ وكانت الاجارة على مده انفسخت بمضيها يوما فيوما فإن عادت العين في اثنائها استوفى ما بقي ؛ وان انقضت المدة انفسخت الاجارة .

٢ ــ وتنفسخ الاجارة بتلف العين المعقود عليها . سواء تلفت في ابتداء مدة الاجارة او في اثناء المدة ، فإذا تلفت في ابتدائها انفسخت ، وان تلفت اثنائها انفسخت ايضا فيما بقي فقط ، أو ارضا للزرع فانقطع مائها ومن اكترى بعيرا بعينه فمات أو دارا فانهدمت ، فهو عذر للفسخ .

٣ ــ لا تنفسخ بموت المرضعة المستأجرة تنفسخ بموت الطفل الرضيع .

٤ ــ وان غصبت العين ، خير المستأجر بين الفسخ مطالبة الغاصب باجارة المثل فأن فسخ فعليه أجرة ما مضى : ــ

آ ــ فأن كانت على عين موضوعة في الذمة وغصبت لزم بدلها فأن تعذر كان له الفسخ .

ب ــ وان كانت على عين معينة ، خير بين الفسخ والصبر الى ان يقدر على العين العضوية به فيستوفى منها .

جـ ــ وان كانت الى مدة ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، وأخذ اجرة مثلها من غاصبها ان ضمنت منافع الغضب وان لم تضمن انفسخ العقد .

فاذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة كان له الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل •

فان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ ، استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيرا •

٥ ـ لو حدث خوف عام يمنع من سكن المكان الذي فيه العين المستأجرة ، أو حصر البلد فأمتنع حروج المستأجر الى الارض ـ ثبت له خيار الفسخ •

قال الخرقي ـ واذا جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الاجر بقدر مدة انتفاعه •

فأن كان الخوف خاصا بالمستأجر ، كمن خاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المأجور أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ ، وكذا الحكم لو حبس أو مرض •

٦ ـ فمن استأجر لعمل شيء فمرض : أقيم مقامه من يفعله والاجرة على المريض لأن الاجاره وقعت على عمله بعينه لا على شيء في ذمته ؛ فأن كان العمل في الذمة - كاستئجاره لنسخ كتاب لم يكلف الاجير اقامة غيره مقامه فأن تعذر عمل الاجير فللمستأجر الفسخ •

٧ ـ وان وجد العين معيبة او حدث بها عيب فله الفسخ • وذلك اذا كان العيب لا يمكن ان يزال بلا ضرر يلحقه ، فأن زال سريعا بلا ضرر فلا فسخ والعيب هنا ما يظهر به تفاوت الاجرة •

فان اجتاحت الدار المؤجرة تجديدا فللمستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التي يحتاج اليها الدار المأجورة •

لا ضمان على الاجير الخاص او المشترك ما لم يثبت تقصيره وتعديه فلا ضمان على حجام ولا ختان ولا طبيب ولا بيطار اذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجني أيديهم •

٢ ـ كما جاء في كتب فقه الحنبلي أيضا[٢] :

(الاجارة عقد لازم فليس لاحدهما فسخها لغير عيب أو نحـوه)

وتنفسخ الاجارة بتلف العين المؤجرة كدابة او عبد ماتا لان المنفعة زالت بالكلية وان كان التلف بعد مضي مدة لها اجرة انفسخت فيما مضـى ووجب للماضي القسط وتنفسخ الاجارة ايضا بموت المرتضع لتعـذر استيفاء المعقود عليه لان غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع .

وتنفسخ الاجارة بموت الراكب ان لم يخلف بدلا أي من يقـوم مقامه فى استيفاء المنفعة بأن لم يكن له وارث او كان غائبا كمن يموت بطريق مكة ويترك حملة لانه قد جاء أمر غالب منع المستأجر منفعة العين أشبه ما لو غصبت .

ولا تنفسخ بموت المتعاقدين أو احدهما مع سلامة المعقود عليـه ولا تنفسخ بعذر لأحدهما مثل ضياع نفقة المستأجر للحج ومثل احتراق متاع من اكترى دكانا .

وان اكترى دارا فانهدمت أو أرضا لزرع فانقطع ماؤها او غرقت انفسخت الاجارة في الباقي من المدة لان المقصود بالعقد قد فات ، أشبه ما لو تلف وان اجره ارضا بلا ماء صح . وان غصبت العين المسـتأجرة خير المستأجر بين الفسخ وعليه اجرة ما مضى وبين الامضاء ومطالبـة الغاصب بأجرة المثل ، ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من ماله من يعمل ما لم تشترط مباشرته او يختلف فيه القصد كالفسخ فيخبـر المستأجر بين الصبر والفسخ .

وان وجد المستأجر العين المستأجرة معيبة او حدث بها عنده عيب وهو ما يظهر به تفاوت الاجر فله الفسخ ان لم يزل العيب بلا ضرر يلحقه وعليه اجرة ما مضى لاستيفاء المنفعة فيه . ويجوز بيع العين المؤجرة ولا تنفسخ به وللمشتري الفسخ ان لم يعلم بأنها مؤجرة ، ولا يضمن اجير

(٢) الروض المربع بشرح زاد المستقيع ـ مختصر المقنع . ج ٢ ص ١٠١ ـ ١٠٦ .

خاص الا اذا تعدى او فرط وان لم يكونوا حاذقين الصنعة فيضمنوا لانه لا يحل لهم مباشرة العمل اذن ، والاجير المشترك يضمن ماتلف بفصله كتخريق الثوب ولا يضمن ما تلف من حرزه أو بغير فعله لان يده يد امانه .

٣ ـ وجاء في كتب الفقه[٣] :

(القسم الخامس ـ ان يحدث خوف عام يمنع من سكن ذلك المكان الذي فيه العين المستأجره ، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج الى الارض المستأجرة للزرع ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجرة خيار الفسخ ، لانه امر غالب يمنع المستاجر استيفاء المنفعة فأثبت الخيار كغصب العين ولو استأجر دابة ليركبها او يحمل عليها الى مكان معين فانقطعت الطريق اليه لخوف حادث ، أو اكترى الى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق . فلكل واحد منهما فسخ الاجارة . وان احب ابقائها الى حين امكان استيفاء المنفعة جاز ؛ لان الحق لهما لا يعدوهما . فاما ان كان الخوف خاصا بالمستآجر ، مثل ان يخاف وحده لقرب اعدائه من الموضع المستآجر و حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ لانه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية ، فأشبه مرضه ، وكذلك لو حبس او مرض او ضاعت نفقته او تلف متاعه ، لم يملك فسخ الاجارة لذلك لانه ترك استيفاء المنافع لمعنى في جهة فلم يمنع ذلك وجوب اجرها عليه كما لو تركها اختيارا .

وجاء في نفس المصدر[٤] : ـ

(ومتى غرق الزرع او هلك بحريق او جرادا أو برد او غيره ، فلا ضمان على المؤجر ولا خيار للمكرى نص عليه احمد ولا نعلم فيه خلافا وهو مذهب الشافعي لأن التالف غير المعقود عليه . وانما تلف مال

(٣) المغنى لابن قدان جـ ٥ ص ٤١٨
(٤) المغنى جـ ٥ ص ٤٤٥ ـ ٤٤٦

المكتري فيه فأشبه من اكترى دكانا فاحترق متاعه فيه • وان تعذر زرع الارض أو انقطاع مائها ، فللمستأجر الخيار لانه لمعنى فى العين ••• وان قل الماء بحيث لا يكفي الزرع ، فله الفسخ لانه عيب •)

وجاء في نفس المصدر(٥) : ــ

(وتنفسخ الاجارة بموت المرضعة لفوات لمنفعة بهلاك محلهــا ، وحكي عن أبي بكر انها لا تفسخ ويجب في ما لها اجر من ترضعه تمــام الوقت لانه كالدين • ولنا انه هلك المعقود عليه ، أشبه ما لو هلكــت البهيمة المستأجرة ، وان مات الطفل انفسخ العقد ، لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه • لانه لا يضمن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيــان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم فأنه قد يدر على أحد الولدين دون الاخــر •

وجاء في نفس المصدر أيضا(٦) : ــ

(وان برىء الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة ، لان قلعــه لا يجوز وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه ، لان اتلاف جزء من الآدمي محرم في الاصل ، وانما ابيح اذا صار بقاؤه ضررا وذلك مفوض الى كل انسان في نفسه اذا كان اهلا لذلك ، وصاحــب لضرس اعلم بمضرته ومنفعته) •

٤ ــ وجاء في كتب الفقه الحبلي(٧) :

(والعيب الذي يفسخ به فى الاجارة ما تنقص به المنفعة ويظهر به تفاوت الاجرة فيفسخ بذلك ان لم يزل العيب بلا ضرر يلحق المستأجر) • وأمثلة العيب كأن تكون الدابة جموحا او عضوضا او نفورا او شموصا أو بها عيب كتعثر الظهر في المشــي ، وعرج يتأخر بــه عن القافلة ورض ؛ وبروك البهيمة ، أو يجــد المســتأجر المكتــري للخدمــة ضعيــف

(٥) المغنى جـ ٥ ص ٤٥٦
(٦) المغنى جـ ٥ ص ٤٩٥
(٧) كشاف القناع عن متن الامتناع جـ ٤ ص ١٨

البصر أو بـه جنونـا أو جذاما أو برصا أو يجد المستأجر الدار مهدمة الحائط او انقطاع الماء من بئرها او تغيره بحيث يمنع الشرب والوضوء •

وتنفسخ الاجارة بموت الصبي المرتضع لانه تعذر استيفاء المعقود عليه وتنفسخ ايضا بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها • وتنفسخ ايضا بحدوث خوف عام يمنع من سكنى المكان وتنفسخ بانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه او برئه لتعذر استيفاء المعقود عليه ولا تنفسخ بتلف الزرع لان التالف غير المعقود عليه ؛ ولا تنفسخ بموت المكري او المكتري لسلامة المعقود عليه ، ولا تنفسخ بعذر لاحدهما مثل ان يكتري المحج فتضيع نفقته او يكترى دكانا يبيع فيه متاعه فيحترق المتاع لان العذر غير المعقود عليه ، ولا تنفسخ للخوف الخاص كمن خاف وحده من سكن المكان لقرب اعدائه ، ولا تنفسخ بمرض الاجير اذا لم يشترط عليه المباشرة •

ه وجاء في كتب الفقه الحنبلي[8] : —

(لا نزاع بين الأئمة ان منافع الاجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها سقطت الاجرة وان تلفت العين في أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقي من المدة دون ما مضى وان زال بعرض نفع العين وبقي بعضه مثل ان يسكنه زرع الارض بغير ماء ويكون زرعا ناقصا ، وكان الماء ينحسر عن الارض التي غرقت على وجه يمنع بعض الزراعة فان ذلك كالعيب في البيع وان تعطل نفعها بعض المدة لزمه من الاجرة بقدر ما انتفع به فقط •

فأن جاء أمر غالب يحجر المستأجر عن منفعه ما وقع عليه العقد لزمه من الاجرة بمقدار مدة انتفاعه • اذا استأجر ارضا للزرع فقد ينقطع الماء عنها او تغرق قبل الزرع • وقد ينقطع الماء عنها او تغرق او يصيب الزرع آفة بعد زرعها وقبل وقت الحصاد فى الحكم ؟

---

(٨) فتاوي ابن تيميه

المنصوص عن الحنابلة ان انقطاع الماء بعد الزرع كانقطاعه قبله ، ان حصل مع بعض المنفعة وجب من الاجرة بقسط ذلك وان تعطلت المنفعة كلها فلا اجرة .

قال احمد ابن القاسم : سألت أبا عبد الله عن رجل اكترى ارضاً يزرعها وانقطع الماء عنها قبل تمام الوقت ؟ يحط عنه من الاجرة بقدر مالم ينتفع بها ، وبقدر انقطاع الماء عنها .

ولا خلاف بين الأئمة ان تعطل المنفعة بأمر سماوي يوجب سقوط الأجرة او نقصها او الفسخ على قدر ما فات من المنفعة وغيره من الآفات المانعة من كمال الانتفاع بالزرع . لأن المعقود عليه ليس هو مجرد فعل المستأجر الذي شق الأرض والقى البذرة حتى يقال اذا تمكن من ذلك تمكن من المنفعة جميعها لان كمال المنفعة يحصل بما يخلقه الله في الأرض من الأنبات كما قال تعالى (سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الارض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون) .

وكل ما ادى الى نقص المنفعة ــ كانقطاع ماء او زيادته وتفريقه ، أو حدوث جراد او برد او حر او ثلج فان ذلك يمنع المنفعة المستحقة المعقود عليها فيجب ان يسلك الفسخ او يسقط من الاجرة بقدر ما فات من المنفعة .

وعلى هذا فأذا حصل من الضرر كالبرد الشديد والغرق والجليد ونحو ذلك ما نقص من المنفعة المقصودة المستحقة بالعقد : تنظر قيمة الارض بدون تلك الآفة وقيمتها مع تلك الآفة وينسب لنقص الى القيمة الكاملة ويحط من الاجرة المسماة بقدر النقص ، كان تكون اجرتها مع السلامة تساوى الفا ، ومع الافه تساوى ثمانمائة ، فالآفة تساوي ثمانمائة فالآفة قد نقصت خمس القيمة فيحط خمس الاجرة المسماة .

تطبيقات :ـ

وسئل عن رجل استأجر قرية ، وغلب ارضها الماء بسبب انه انكسر عليها نهر وعجزوا عن رده • فهل يسقط عنهم من الاجرة بقد ما غرق ، أم لا ؟ واذا حكم عليه حاكم بلزوم جميع الاجرة فهل ينفذ حكم ؟ أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله ـ له ان يفسخ الاجارة ، وله ان يحط من الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة •

وسئل ـ اذا تعطل بعض منافع الدار ، فهل يسقط من الاجرة بقدر ذلك ؟

فأجاب : نعم يسقط عنه من الاجرة بقدر ما تعطل من المنفعة المستحقة بالعقد •

وسئل ـ من استأجر بستانا فأتلف الجراد اكثر الثمر فهل يسقط عن المستأجر ما اتلفه الجراد ؟ قال : اذا تلف الثمر بجراد أو نحوه من الآفات السماوية كنهب الجيوش وغير ذلك فأنه يجب وضع الجائحة عن المستأجر بقدر ما تلف من العوض وسئل عن رجل استأجر املاكا موقوفة وقلت الرغبات في سكناها وعمل بذلك محضرا من ارباب الخبرة ـ فهل يضع عنه شيئا اذا أراد من ذلك مصلحة الوقف وهل لمستحقي ريع الوقف التعرض على الناظر بسبب ذلك ؟

فأجاب ـ الحمد لله اذا استأجر ما تكون منفعة ايجاره للناس مثل الحمام والفندق ونحو ذلك فنقصت المنفعة المصروفة ، مثل ان ينتقل جيران المكان ، ويقل الزبون لخوف أو خراب أو تحويل ذي سلطان لهم ونحو ذلك فأنه يحط عن المستأجر من الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة المصروفة سواء رضي الناظر لاهل الوقف او سخطوا ولا يرجع على المستأجر ما وضع عنه •

موقف المذهب الحنبلي من وضع الجوائح :ـ

المذهب الحنبلي يعتبر انقاص الثمن للجائحة كالمذهب المالكي وسنند ذلك على ان يبيع الثمار قائمة على الاشجار وان خلى البائع بينها وبين المشتري لا تكون التخلية قبضا كاملا ، فحكم الهلاك بالجائحة في هذه الحالة هو حكم الهلاك قبل القبض فيكون على لبائع ، ويقول ابن قدامه (ولا يلزم من اباحة التصرف تمام القبض ، بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر ، كذلك الثمرة فأنها في شجرها كالمنافع توجد حالا فحالا[9]) .

والجائحة في المذهب الحنبلي ـ كل آفة لا صنع للآدمي فيها ، كالريح والبرد والحرارة والعطش ، لما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضي في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي السيل وفي الريح، وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي عليه السلام فيجب الرجوع اليه ، وأما ما كان بفعل آدمي فالمشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لانه امكن الرجوع ببدله بخلاف التالف بالجائحة وظاهر المذهب انه لا يشترط الثلث في الجائحة ولا يغتفر الا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت اليه . قال احمد اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ، ولا أدري ما الثلث ؟

ولكن اذا كانت جائحة تتلف الثلث او الربع او الخمس توضع . على ان هناك رواية اخرى في المذهب تشترط الثلث في الجائحة . فما كان دون الثلث فمن ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لأنه لا بد ان يأكل الطير منها وتنثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة والثلث قد اعتبره الشرع في مواضع منها الوصية وعطايا المريض (مرض الموت) والثلث حد لكثرة

---

(٩) المغنى جـ ٤ ص ٢١٦ .

وما دونه من القلة • بدليل قول النبي عليه السلام في الوصية الثلث والثلث كثير • فيدل هذا على انه آخر حد لكثرة فلهذا قدر به ولكن قول ظاهر الراوية وهو عدم اشتراط الثلث هو الرأي الراجح ويحتم له لعموم الاحاديث ، فان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع الجوائح) وما دون الثلث داخل فيجب وضعه ولان هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع وان كان قليلا كالتي على وجه الارض ، وما أكله الطير او سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل فى الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط ومن ثم اذا تلف من الثمار قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذاهب • فإن تلف كل الثمن بطل العقد ورجع المشتري بجميع الثمن •

وان بلغت الثمرة أو آن الجداذ فلم يجذها حتى اصابتها جائحة لم يوضع شيء لان المشتري مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه ، وان تلفت قبل امكان قطعها فهي من ضمان بائعها وهذا بخلاف ما اذا استأجر ارضا فزرعها فتلف الزرع ، فلا شيء على المؤجر ، نص عليه احمد ولا يعلم فيه خلاف لأن المعقود عليه منافع الارض ، ولم تتلف وانما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثيابا فتلفت الثياب فيها •

ما توضع فيه الجائحة : ــ

الجوائح موضوعة في جميع الشجر عند اصحابنا وقد نقل عن أحمد انه قال ان الجوائح في النخل فأن شجر المدينة كان النخل وباقي الشجر ثابت بالقياس لا بالنص •

اما الزرع ففيه قولان : ــ

آ ــ لا جائحة فيه لأنها لا تباع الا بعد تكامل صلاحها وأوان جذاذها بخلاف الثمرة فأن بيعها جائز بعد بدو صلاحها •

ب ــ الوجه الثاني فيها جائحة كالثمرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وبيع الحب حتى يشتد ومن حين يشتد الى حين يستحصد مدة قد تصيبه فيها الجائحة •

ومنهم من قال ما تكرر حمله كالقثاء والخيار ونحوهما من الخضر والبقول فهو كالشجر لصحة بيع أصوله صغارا كانت أو كبارا مثمرة أو غير مثمرة هذا اذا أشترى الثمرة والزرع وحدهما ، اما اذا اشترى الاصل (أي الشجرة) بعد ظهور الثمر فلا جائحة ذلك لحصول القبض الكامل بقبض الاصل ، ولهذا لا يجب على البائع سقي ولا مئونة اصلا ، فأن المبيع عقار وقد قبض بالتخلية ودخل الثمر ضمنا وتبعا •

مقارنة بين وضع الجوائح في المذهب المالكي ووضعها في المذهب الحنبلي : ــ

١ ــ يشترط في المذهب الحنبلي ان تكون الجائحة آفة سماوية لا صنع لآدمي فيها بينما في المذهب المالكي ان الجائحة تشمل اعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز منها على رأي ، او انها تشمل كافة اعمال الآدميين مازالت من غير فعل المشتري على رأي آخر •

٢ ــ ان مقدار الجائحة التي توضع في المذهب المالكي ان تكون في الثلث فما فوق اما ان كانت أقل من الثلث فلا توضع اما مقدارها في المذهب الحنبلي فتوضع ولو كان التالف أقل من الثلث لكن يسامح في تلف يسير لا ينضبط فلا يرجع بقسطه من الثمن وهذا على الرأي الراجح •

٣ ــ وضع الجوائح في جميع الثمر في المذهب المالكي ثابت بالنص أما في المذهب الحنبلي فوضع الجوائح ثابت في النخل بالنص ، لأن شجر المدينة كان النخل وفي باقي الثمر بالقياس •

(وضع الجوائح في البقول والزرع في المذهب المالكي مثل الثمر على الرأي الأظهر ويشترط التلف في الثلث وعلى رأي آخر لا يشترط الثلث فيوضع وان كان التلف أقل من الثلث ، وفي المذهب الحنبلي رأي يرى انه لا جائحة فيه ورأي آخر يرى ان فيه جائحة مثل الثمر •

النصوص الفقهية في وضع الجوائح

١ ـ جاء فى كتب الفقه الحنبلي(١٠) : ـ

(وان تلفت الثمرة بجائحة من السماء ، رجع على البائع ، هذا المذهب وعليه اكثر الأصحاب سواء أتلفت قدر الثلث أو اكثر أو أقل • الا انه يتسامح في الشيء اليسير الذي لا ينضبط ويوضع من الثمرة بقدر التلف ولو تعييب الثمرة ولم تتلف خير المشتري بين الامضاء وبين الرد وأخذ الثمن كاملا •

وتكرر الجائحة في الزرع كما في الثمر فاذا تلفت الباقلاء أو الحنطة في سنبلها فيرجع بذلك على البائع •

والجائحة المعتبرة ان تكون سماوية ولا صنع فيها لآدمي كالريح والمطر والبرد والجليد والصاعقة والحر والعطش نحوها وكذا الجراد •

فلو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تلفت بجائحة فتارة يتمكن من قطعها قبل تلفها وتارة لا يتمكن ، فان تمكن من قطعها حتى تلفت فلا ضمان على البائع ، لان ما شرط فيه القطع فقبضه •

وان اتلفه آدمي : خير المشتري بين الفسخ او الامضاء ومطالبته التلف فهو كاتلاف المبيع المكيل او الموزون قبل قبضه •

وصلاح بعض الثمرة صلاح لجميعها ويجوز البيع • والصلاح فى ثمرة النخيل ان يحمر او يصفر وفي العنب ان يتموه ، وما يتغير لونه

(١٠) الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف للمرداوى طبعة ١٣٧١ هـ •

عند صلاحه كالاجاص والعنب فحكمه حكم ثمرة النخيل بأن يتغير لونه وفي سائر الثمر ان يبدو فيه النضج ، ويطيب أكله ، مثل الخيار والبطيخ واليقطين ونحوها وصلاح الحب ان يشتد او يبيض •

يجوز بيع الثمر والزرع بعد بدو الصلاح مطلقا •

لا يجوز بيع الثمر والزرع قبل بدو الصلاح مطلقا ولكنه يجوز بشرط القطع فى الحال ولا يجوز بيع الرطبة والبقول الا بشرط جزه ، وحكم بيع الرطبة والبقول حكم بيع الثمر والزرع فلا يباع قبل بدو صلاحه الا مع اصله او لمالكه أو مع أرضه •

٢ ــ وجاء في كتب الفقه الحنبلي ايضا[١١] : ــ

(يجوز بيع ما له صلاح في الثمرة والحب اذا أشتد مطلقا او بشرط التبقية ، وللمشتري تبقيته الى الحصاد والجذاذ أي حصاد الزرع وجذاذ الثمر ويلزم البائع سقيه أي بسقي الشجر وهو عليها أن احتاج الى ذلك •

وان تلفت ثمرة بيعت بعد بدو صلاحها دون أصلها ، قبل أوان جذاذها بآفة سماوية كالريح والحر والعطش رجع ولو بعد القبض على البائع لحديث جابر (اذ النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح) رواه مسلم ولأن التخلية في ذلك ليست بقبض تام وان كان التالف يسيرا لا ينضبط كان للمشتري وأن أتلف الثمر (آدمي) ولو كان البائع ــ خير المشتري بين فسخ العقد او امضائه فأذا فسخ طالب البائع بما دفع من الثمن واذا ابقى البيع طالب المتلف بالبدل •

وصلاح بعض ثمرة لشجرة صلاح لها ولسائر النوع الذي في البستان لأن بقاء الصلاح في الجميع يشق ذلك •

وبدو الصلاح في ثمر النخل أن تحمر أو تصفر لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو قيل لأنس وما زهوها

---

(١١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع طبعة ثالثة ١٣٥٢ هـ

قال تحمار وتصفار ، وفي العنب ان يتموه حلوا ، لقول أنس (نهى النبي عن بيع العنب حتى يسود رواه أحمد) وفي التفاح والبطيخ ان يبدو النضج ويطيب أكله لانه عليه السلام نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب والصلاح في نحو قثاء أن يؤكل عادة وفي الحب ان يشتد ويبيض .

٣ ــ وجاء في الفقه الحنبلي أيضا(١٢) : ــ

(لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لحديث ابن عمر قال : (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها نهى البائع والمبتاع) والنهي يقتضي الفساد ولا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه لحديث ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة) رواه مسلم الا اذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها والزرع قبل اشتداد حبه ؛ بشرط القطع في الحال . فيصح ان كان منتفعا به عند القطع لان المنع انما كان خوفا من تلف الثمرة وتعرضها العاهة بدليل ما روى عن انس (نهى النبي عن بيع الثمار حتى تزهي) قال (أرأيت اذا منع الله الثمرة بم يأخذ احدكم مال آخيه ؟ رواه البخاري و ذا بيع الثمر من الشجر أو الزرع مع الارض دخل تبعا من البيع ، ولا يباع القثاء . ونحوه كالخيار ولباذنجان الا لقطه لان الزائد على اللقطة لم يخلق فلم يجز بيعه كما لو بان قبل ظهوره .

وان تلفت الثمرة المبيعة بجائحة قبل التمكن من أخذ الثمر ضمنه البائع لحديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع الجوائح) وان تلفت بعد تمكن المشتري من اخذها فعليه التبعة لتقصيره بتركها .

واذا بدا صلاح الثمرة واشتد الحب جاز بيعه مطلقا أي بغير شرط قطع او تبقيه وجاز بيعه بشرط التبقية لأن النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه وعن الزرع حتى يشتد يدل مفهومه على جواز البيع بعد بدو الصلاح والاشتداد لانه عليه الصلاة والسلام علل بخوف التلف وهذا

(١٢) كتاب كشاف القناع عن متن الاقناع جـ ٣ ص ٢٣٠ ــ ٢٣١

المعنى مفقود هنا والمشتري تبقية الثمر والزرع الى الحصاد او الجذاذ لأن العرف يقتضيه ويلزم البائع سقيه ان احتاج وان تلفت ثمرة ولو فـي غير النخيل كرمان وعنب او تلف بعضها ولو دون التالف (أقل من الثلث بجائحة سماوية وهي ما لا صنع لادمي فيها كريح ومطر وثلج وبـرد وجليد وصاعقة وحر وعطش ونحوها وكذا جراد ونحوه واو كان التلف بعد قبضها وتسليمها بالتخلية لانها ليست بقبض تام فيكون التلف مـن ضمان البائع لكن يسامح من تلف يسير لا ينضبط فلا يرجع بقسـطه من الثمن ويوضع من الثمن بقدر التالف من الثمرة المبيعـة • والاصـل في ذلك حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم (أمر بوضع الجوائح) وعنه انه قال (ان بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة ، فلا يحـل لك ان تأخذ منه شيئا) بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟) •

وجاء فى نفس المصدر ؟ : ـ

(وان تعيبت الثمرة بالجائحة من غير تلف خير المشتري بين امضاء البيع مع أخذ أرش العيب وبين الرد واخذ الثمن كاملا لأن ماضمن تلفه بسبب في وقت كان ضمان بقية فيه اولى وان اتلف الثمر آدمي معين او اتلفه لصوص خير المشترى بين فسخ البيع ويرجع بما دفعه وبين امضـاء العقد ومطالبة المتلف بالبدل) • وفي الاجوبة المصرية لشيخ الاسلام ابى العباس •

(لو استأجر بستانا او ارضا وساقاه على الشجر بجـزء من الف جزء اذا تلف الثمر بجراد أو نحوه من الآفات السماوية ، فأنه يجب وضع الجائحة عن المستأجر • فيحط عنه من العوض ما تلف من الثمرة سـواء كان العقد فاسدا أو صحيحا • لأن فاسد العقود كصحيحها في الضمـان وعدمه) •

وان اشترى الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فتلفت بجائحـة سماوية بعد تمكنه من قطعها فهي من ضمان المشتري لتفريطـه وان لـم يتمكن من قطعها حتى تلفت فانها من ضمان البائع •

وصلاح بعض ثمرة شجرة في بستان صلاح لها وصلاح لسائر النوع الذي في البستان الواحد واذا أشتد بعض حب الزرع جاز بيع جميع ما في البستان .

٤ ــ كما جاء فى كتب الفقه الحنبلي[١٣] : ــ

(انوضع الجوائح في المبايعات والضمانات والمؤجرات داخل في قاعدة « تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكن من قبضه » .

الأدلة من الآيات الكريمة قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى في اليهود (فبما نقضهم ميثاقهم ، الى قوله ، وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل) .

هذا ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر لأن المقصود بالعهود المالية هو التقابض ، فكل من العاقدين يطلب من الآخر لأن المقصود بالعهود المالية هو التقابض . فكل من العاقدين يطلب من الاخر تسليم ما عقد عليه ولذا قال تعالى (واتقوا الله الذي تسألون به) أي تتعاقدون وفي الصحيحين عن أنس بن مالك (ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهى) قيل وما تزهي ؟ قال ، حتى تحمر ، وفي صحيح مسلم (ان لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟) وان المعاوضة بناها المعادلة ، لم يبذل احدهما الا ليحصل على ما طلبه . قال الفقهاء ان المتلف اما ان يكون البائع أو المشتري أو الغير أو يكون بأمر سماوي : ــ

(١٣) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٢٦٣

فأن كان هو المشتري فاتلافه كقبضه يستقر به العوض وان كان بأمر سماوي انفسخ العقد • ووضع الجوائح ثابت بالنص وبالعمل القديم والقياس الجلي وهو مذهب أهل المدينة قديما وحديثا • من لدن رسول الله عليه الصلاة والسلام الى زمن مالك وغيره وهو مشهور عن القاسم بن محمد ويحى بن سعيد ومالك واصحابه • وهو مذهب فقهاء المدينة كالامام أحمد واصحابه •

والجائحة هي الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين احد مثل الريح والبرد والحر والمطر والجليد والصاعقة ونحو ذلك •

الفصل الخامس

تطبيقات النظرية في الفقه الجعفري

موقف المذهب الجعفري من الفسخ للاعذار :ـ

١ ـ يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة مباحة : فلو أجره مسكناً ليحرز فيه خمرا أو اجيرا ليحمل اليه مسكرا او كاتبا ليكتب له كفرا لم تنعقد الاجارة لانها انما تنعقد لامكان الانتفاع فى غير المحرم •

٢ ـ الاجارة عقد معاوضه والقبض من مقتضى المعاوضه فأذا فات القبض على المستأجر كان مخيرا بين الفسخ وامضاء العقد فلو منع ظالم المستأجر من الانتفاع بالعين بأن غصبها منه قبل القبض كان الخيار بين الفسخ والمطالبة بالمسمى ان كان قد دفعه وبين الالتزام والرجوع على الظالم بأجرة المثل عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من امواله •

ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة قطعا بل ليس له الفسخ (لاصالة اللزوم) وانما له الرجوع على الظالم بأجرة المثل لأن الأصل في عقد الاجارة ان يكون لازما فلا يحق لاحد المتعاقدين فسخه دون رضاء الآخر •

٣ ـ يشترط لاتمام عقد الاجارة (التسليم) فأن تعذر تسليم المعقود عليه الى المستأجر لمانع حسي أو عقلي انفسخت الاجارة كذلك لو حدث خوف عام منع المستأجر من أستيفاء المنفعة •

ومن هذا المنطلق تقسم الاعذار في الفقه الجعفري الى : ـ

١ ـ العذر الشرعي : ـ كمن استأجر رجلا جنبا أو أمرأة حائضا لكنس المسجد في زمان حدثهما لم تصح الاجارة •

كذلك لا يجوز اجارة الزوجة نفسها من دون اذن زوجها باعتبار استقامة منافعها فأن للزوج حق الاستمتاع وان اجارة الزوجة نفسها تعارض هذا الحق •

٢ ـ العذر الحسي ـ كما لو انهدمت الدار المستأجرة أو غرقت الارض وانقطع ماؤها أثناء تنفيذ العقد •

كذلك تقسم الاعذار الى : ـ

١ ـ العذر العام ـ مثلا استأجر دارا فحدث خوف عام يمنع من سكن البلد أو استأجر دابة للحج فحدث مانع من السلوك كالثلج القاطع الطريق •

٢ ـ العذر الخاص ـ مثلا اكترى جملا للحج ثم بدا له أو مرض لم يكن له فسخ الاجارة •

٣ ـ عذر في المعقود عليه ؟ : ـ كما استأجر عبدا فأبق أو دارا فانهدم •

أمثـــــلة

العـــذر	العـــلة
١ ـ استأجر طبيبا لقـــلع ضرس أوجعه ثم سكن ألمه • ٢ ـ استأجر امرأة لكنس المسـجد فحاضت أثناء مدة الاجارة • ٣ ـ استأجر عبدا فأبق	سكون الالم والحيض والاباق عذر شرعي في المعقود عليه لان الشـرع منع من قلع الضرس الصحيح وعدم صحة استئجار الحائض في المسجد•
٤ ـ استأجر دارا فانهدم اثناء تنفيذ العقد أو ارضا للزراعـــــة فغرقت(١) ٥ ـ لو غصب ظالم الدار المأجـور من المستأجر قبل القبض •	لتعذر الانتفاع وفـوات القبـــض اللازم لعقد الاجارة •
٦ ـ استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام منع المستأجر مـن استيفاء المنفعة • ٧ ـ استأجر دابة لمكان معين ثـــم انقطع الطريق بسبب الثـلج القاطع للطريق •	لأن الخوف العام سبب اجنبـــى وتعذر الانتفاع والمنفعة المحفوفـة بالمانع لا مالية لها •
٨ ـ استأجر لصيد شيء بعينه ٩ ـ اذا عرض للمســـتأجر مرض يمنعه عن استيفاء المنفعة مـع قيدية مباشرته له •	لعدم الثقة بحصوله لايمكن الابدال كأن يكون المستأجر مصورا ولعمله شخصية اعتبار فى العقد

١ ـ في غرق الارض تفصيل • فلو غرق بعض الارض المستأجرة للزرع بطات الاجارة فيه وتخير في الباقي بين الفسخ وامساكه بالحصة لامكان تبعض الصفقة •

ما لا يعتبر عذرا في الفسخ :ـ

١ ـ العذر الخاص في المستاجر او المؤجر لا يجيز الفسخ •
مثلا اكترى جملا للحج ثم بدا له او مرض لم يكن فسخ الاجارة أو لم يسكن المستأجر الدار لقرب عدوه من مكانه او خشى مرضا أو ضاعت نفقته او تلف متاعه لم يملك الفسخ •
وفى جانب المؤجر مثلا أجر دابته ثم مرض ولم يخرج معها فيمكنه ان يرسل غيره بدله •
٢ ـ اذا حدث عيب في المأجور وبادر المالك الى اصلاحه •
٣ ـ اذا غرقت الارض المستأجرة على وجه لم يترك ضررا الا ان الارض لا تكون حينئذ بتلك المكان من الرغبة فيها فيحتمل عدم الفسخ بل تنقص الاجرة المقابلة لذلك •
يلاحظ ان الفقه الجعفري أقرب الى الفقه الحنبلي في تعيين الاعذار المعتبرة للفسخ وحصرها فيما يلي : ـ
١ ـ الاعذار التي تتعلق بالحدث العام مثل الخوف العام الذي يمنع المستأجر من الاستيفاء بمنفعة المعقود عليه •
٢ ـ العذر الشرعي •
٣ ـ الاعذار التي تؤدي الى تعذر استيفاء المنفعة •

النصوص الفقهية

١ ـ جاء في كتب الفقه الجعفري[1] : ـ
(يشترط في الاجارة ان تكون المنفعة مباحة فلو أجره مسكنا

(١) جواهر الكلام •

ليحرز فيه خمرا أو دكانا ليبيع فيه آلة محرقة أو أجيرا ليحمل اليه مسكرا أو جارية للغناء او نحوه لم تنعقد الاجارة لانها ، انما تنعقد لامكان الانتفاع في غير المحرم :ـ

١ ـ لو منع ظالم المستأجر من الانتفاع بالعين بأن غصبها منه قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ والمطالبة بالمسمى ان كان قد دفعه وبين الالتزام والرجوع على الظالم بأجرة المثل عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من امواله ، لفوات القبض لذي هو مقتضى لمعاوضة • ولو كان الغصب بعد القبض لم تبطل الاجارة قطعا بل ليس له الفسخ (لاصالة اللزوم) وانما له الرجوع على الظالم بأجرة المثل •

٢ ـ اذا انهدم المستأجر وفسخ المستأجر ، يرجع على المؤجر بنسبة ما تخلف من الاجرة ان كان سلم اليه الاجرة والا دفع اليه ما قابل ما استوفاه منها بلا خلاف ولا اشكال •

لا فرق في أنواع الموانع في تعذر التسليم بين المانع العقلي والمانع الشرعي •

آ ـ المانع العقلي ـ كما لو استأجر لقلع ضرس صحيح او قطع يد صحيحة لا تصح الاجارة •

ب ـ المانع الشرعي ـ استأجر رجلا جنبا أو امرأة حائضا لكنس المسجد في زمان حدثهما لم تصح الاجارة •

أما لو كانت السن وجعة على وجه يستحسنه العقلاء صحت الاجارة فأن زال الالم قبل القلع انفسخت الاجارة • كذلك لا يجوز اجارة الزوجة من دون اذن زوجها باعتبار استقامة منافعها فأن للزوج استحقاق الاستمتاع فتصح الاجارة فيما لا يعارضه باذن الزوج •

٣ ـ اذا كانت الاجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو استئجار عبد أو حمل متاع فغصب العبد ، أو نفقت الدابة الحاملة للمتاع قبل قبض المستأجر فله مطالبة المالك لعدم ما يقتضي تعين حقه بذلك وهو القبض •

٤ ـ لو حدث خوف عام منع المستأجر بالاستيفاء انفسخ العقد اذا كان المراد استيفاء المنفعة بنفسه ولا ينفسخ بالعذر فلو اكترى جملا للحج ثم بدا له الا يخرج او مرض ولم يخرج لم يكن له فسخ الاجارة . وعن الشهيد يمكن تقييده بالمرض الذي يتمكن من الخروج معه . قال اما لو لم يمكنه الخروج اصلا ، ولم يجز له اجارة الغير فله الفسخ .

٥ ـ لو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف مانع يمنع من الاقامة بذلك البلد تخير في الرأي الاقوى وفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة لان الخوف في تلك على المستأجر والدابة بخلافه هنا فأنه على المستأجر دون الدابة لذا نظر في هذه وقرب الخيار ، الا ان الظاهر ثبوت الخيار في المقامين لقاعدة (لاضرر بعد عدم العذر شرعا في الاستيفاء) نعم لو اقتضى الخوف بالمستأجر لم يكن له الخيار الا مع اشتراط الاستيفاء بنفسه ، ولو استأجره لصيد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله أي فلا يكون المنفعة مقدورا على تسليمها بحسب الغالب ويد الاجير والصانع يد امانة فالاصل لا يضمنان الا في حالة التعدي او التفريط . اما اذا كان التلف بسبب اجنبي وبدون تعد فلا يضمنان .

وفي رأي يضمن الصناع كالقصار والخياط لما جنته ايديهما على المتاع بتعد او بغير تعد .

وعن أبي عبد الله في الرجل يعطي الثوب ليصبغه ؟ فقال كل ما اعطيته اجرا على ان يصلح ثوبا فهو ضامن كذا في ضمان الملاحين والمكاريين .

٢ ـ وجاء في الفقه الجعفري ايضا[٢] :

(وان تلفت العين المستأجرة قبل القبض بطلت الاجارة وكذا بعده

(٢) مفتاح الكرامة جـ ٣ ص ١٥٨

ولو تلفت أثناء العقد انفسخت في الباقي فان تساوت اجزاء المدة فعليه بقدر ما مضى والا سقط المسمى على النسبة ودفع ما قابل الماضي ولو انهدمت الدار او غرقت الارض وانقطع ماؤها اثناء تنفيذ العقد على وجه يمنع استيفاء المنفعة فللمستأجر الفسخ (كما في الغنيه) جامع الشرائع ، النافع واللمعة والكفاية الا اذا بادر المالك الى اعادة عمارة المأجور فالاقرب بقاء الخيار بين امضاء العقد وفسخه •

ولو غرق بعض الارض المستأجرة للزرع بطلت الاجارة وتخير في الباقي بين الفسخ وامساكه بالحصة لامكان تبعض الصفقة ، هذا اذا كان في غرق البعض على المستأجر ضرر اما اذا لم يكن لوجوده أثر الا ان الارض لا تكون حينئذ بتلك المكانة من الرغبة فيحتمل عدم الفسخ بل تنقص الاجرة المقابلة لذلك •

ولو غصب المأجور اجنبي قبل القبض تخير المستأجر وفي الفسخ يطالب المؤجر بالمسمى وفي الامضاء يطالب الغاصب بأجرة المثل • ولو ردت العين في الاثناء استوفى المستأجر المنافع الباقية وطالب الغاصب بأجرة مثل الماضي •

ولو حدث خوف منع المستاجر من استيفاء المنفعة كما لو استأجر للحج فتنقطع السابلة فالاقرب تخير كل من المؤجر والمستأجر في الفسخ أو الامضاء •

العذر العام : ـ كالثلج المانع في قطع الطريق (هذا مانع حسي) •

المانع الشرعي : ـ كما لو استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت خلال مدة الاجارة انفسخت الاجارة •

الخوف العام : كما لو استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام يمنع من الاقامة في ذلك البلد •

العذر الخاص لا يوجب الفسخ : ـ مثلا اكترى جملا للحج ثم بدا

له أو مرض لم يكن له فسخ الاجارة كذلك من العذر الخاص كقــرب عدوه من مكان المستأجر أو خشى مرضا أو ضاعت نفقته أو تلف متاعــه لم يملك الفسخ كذلك اذا كان العذر في جانب المؤجر •

عذر فى المعقود عليه : ــ كما لو استأجر عبدا فأبق أو استأجر تقلع ضرس فسكن ألمه أو استأجرها لكنس المسجد فحاضت فأن الايـــاق وسكون الالم والحيض عذر شرعي في المعقود عليه فملك الفســـخ أو ينفسخ بنفسه •

٣ ــ وجاء في كتب الفقه الجعفري(٣) : ــ

في الاعذار الشرعية والعقلية المانعة من استيفاء المنــافع الموجبـــة لانفساخ العقد تارة ، وحق الفسخ اخرى ؟ •

أمثــلة

١ ــ اذا استأجر طبيبا لقلع ضرس ثم زال الالم عنه عقب العقـــد سقطت الاجرة ، وعلله في الجواهر بتعذر متعلقها شرعا لعدم جواز القلع اذ ان من شرائط الاجارة (اباحة المنفعة) والظاهر انكشاف بطـــلان الاجارة من الاول دون انفساخ العقد •

٢ ــ اذا استأجر المرأة لكنس المسجد مباشــرة في وقت خـــاص فحاضت المرأة في مدة الاجارة ، فأن حرمة كنسها فى هذه المدة مانعة عن انعقاد الاجارة صحيحة ، والكلام في حرمة الكنس من الحائض فـــأن الكنس ليس من تروك الحائض ، بل المحرم لبثها في المسجد (ولو فعلت المحرم واتت بالكنس في المسجد وهي حائض استحقت الاجــرة) •

٣ ــ اذا استأجر المرأة للارضاع وحاول مطالبة الزوج للاســتمتاع

(٣) كتاب الاجارة ــ تأليف الشيخ محمد حسين الاصفهاني ١٣٧٥ هـ ــ ١٩٥٦ م • دار الكتب الاسلامية في النجف .

فأنه يجب عليها التمكن المنافي للارضاع ، ومرجعه الى فقد شرط الاجارة وهي اباحة المنفعة .

٤ ــ اذا مرض المستأجر مرض يمنعه عن استيفاء المنفعة مع قيدية مباشرته له فأنه ايضا ينكشف به بطلان الاجارة دون انفساخها ، ومع عدم القيدية يملك المنفعة فليس له الفسخ .

٥ ــ اذا استأجر دارا فعرض خوف عام يمنع من سكنى البلد فأن مثل هذه المنفعة المحفوفة بالمانع لا مالية لها فتبطل الاجارة وهنا يفرق بين العذر العام والعذر الخاص فعموم العذر مساوق لسقوطه عن المالية بخلاف الخاص فأنه يختلف باختلاف العذر واختلاف المقامات .

٦ ــ اذا استأجر دابة للحج مثلا فحدث مانع عن السلوك كالثلج القاطع للطريق ومع عدم القيدية يملك منفعة الدابة فله ان يؤجرها من الغير .

٤ ــ كما جاء في كتب الفقه الجعفري أيضا[٤] : ــ

١ ــ لو حدث للمستأجر عذر فى الاستيفاء ، كما لو استأجر دابة لتحمله الى البلد فمرض المستأجر ولم يقدر على السفر فالظاهر البطلان لتعذر المنفعة ومع عدم المنفعة لا مجال لصحة الاجارة لعدم تحقق المعاوضة ولا يكفي في الصحة مجرد قابلية العين للمنفعة في نفسها .

٢ ــ كذلك لو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء ، كما لو استأجر جملا للحج فتنقطع السابلة .

٣ ــ كذلك لو استأجر دارا للسكنى ، فحدث خوف عام يمنع من السكنى في ذلك البلد .

٤ ــ كذلك لو استأجر رجلا لقلع سنه فزال ألمه .

فهنا العذر اما عام واما خاص : ــ

---

(٤) مستمسك العروة الوثقى تأليف السيد محسن الطباطبائي الحكيم جـ ١١ ص ٧٤ ــ ٨٠ مطبعة النجف ١٣٨٢ هـ .

فالعذر العام مثل الخوف العام بسبب الحرب أو التلف السماوي للعين المستأجرة يوجب الفسخ • والعذر الخاص بالمستأجر كما لو استأجر دابة لنفسه فمرض ورجلا لقلع سنه فزال ألمه أو نحو ذلك ففيه اشكال ولا يبعد ان يقال انه يوجب البطلان ، اذا كان بحيث لو كان قبل العقد لم يصح العقد •

العين المستأجرة في يد المستاجر امانة ، فلا يضمن تلفها او تعيبها الا بالتعدي او التفريط ولو شرط المؤجر عليه ضمانها بدونها •

ورد في صحيح محمد بن قيس ــ قال أمير المؤمنين عليه السلام (لا يغرم الرجل اذا استأجر دابة مالم يكرهها او يتسبب في اصابتها بغائلة) •

أمثلة على السبب الاجنبي : ــ

١ ــ اذا أجر دابة لحمل متاع فعثرت وتلف ، لا ضمان على صاحبها الا اذا كان هذا السبب بتعد منه •

٢ ــ اذا استأجر سفينة او دابة لحمل متاع ، فنقص او سرق لم يضمن صاحبها •

٣ ــ اذا استأجر رجل لحفظ متاع فسرق لم يضمن الا مع التقصير في الحفظ •

٤ ــ صاحب الحمام لا يضمن الثياب الا اذا فرط او تعدى •

اما اذا فلس المستأجر بالاجرة كان للمؤجر الخيار بين الفسخ واسترداد العين •

وجاء في نفس المصدر(٥) :

(اذا استأجر ارضا للزراعة مثلا فحصلت آفة سماوية أو أرضية توجب نقص الحاصل لم تبطل الاجارة ، لعدم المقتضى لذلك بعد انه

---

(٥) مستمسك العروة الوثقى جـ ١١ ص ١٩٧ •

كانت العين ذات منفعة يصح بذل المال بأزائها ولا يوجب نقصا في مال الاجارة ، اذ لا تبعيض في المنفعة • ولا خيار للمستأجر اذ لا نقص في صفة العين يوجب نقصا في المنفعة اذ المفروض كون النقص الحاصل لامر خارج عن العين ، وليس عدمه مبنيا عليه ليوجب الخيار ، فهو يظهر ما لو استاجر دارا ليسكنها فسكنها فحدث حادث يوجب القلق او الارق فتنغص عيشه فيها •

وجاء في نفس المصدر(٦)

(لو استأجر الارض مدة يبلغ الزرع ، فاتفق التأخير لتغير الهواء أو غيره أمكن ان يقال • بوجوب الصبر على المالك مع الاجرة • للزوم الضرر فيرجع الى قاعدة السلطنه • الا ان يكون موجبا لتضرر المالك فيمتنع الرجوع الى قاعدة ، نفى الضرر حينئذ ، لان تطبيقها بالنسبة الى ضرر الزراع ليس اولى بالنسبه الى ضرر المالك ، ومع عدم المرجح تسقط بالاضافة اليهما معا فيرجع الى قاعدة السلطنه ولا مجال للتخيير مع تساوي الضررين • لانه لا معنى للتخير بالاضافة الى الشخصين ، لانه اذا اختار كل منهما الاعمال بالنسبة الى ضرره يرجع التنافى ، وان اختار ضرر غيره كان اقداما على الضرر وهو مانع من تطبيق القاعدة كلية ، ولاجل ذلك وغيره تتعين عند تعارض الضررين سقوط قاعدة الضرر والرجوع الى غيرها من القواعد المتأخرة عنها كقاعدة السلطنة في المقام •

---

(٦) نفس المصدر ص ٦٣٧ •

موقف الفقه الجعفري من وضع الجوائح في الثمار والبقول

١ ــ ثمرة الشجرة يجوز بيعها مع الظهور ومدة انعقاد الحب ولا فرق بين البارز كالمشمش والخفى كاللوز •

٢ ــ اما الخضر فيجوز بيعها بعد ظهورها لقطه ولقطات ويرجع في اللقطة الى العرف فما دل على صلاحيته للقطع فينقطع وما دل على عدمه لصغره او شك فيه اخرج ويبقى على ملك مالكه •

٣ ــ اما الزرع (البقول) فيجوز بيعه سنبلا قائما وحصيدا سواء كان بارزا كالشعير أو مستترا كالحنطه والعدس والهرطمان ويجوز بيعه قبل ان يسنبل بشرط القطع او التبقية •

وعن الصدوق في المقنع (انه منع من بيع الزرع قبل السنبل الا مع الفصل لعلفه للدواب واحتج له (بعدم أمن الآفة) •

ويجوز بيع ثمر النخل بشرط الظهور عاما واحدا وازيد ولا يجوز قبله مطلقا وروى (لا تشتري النخل حولا واحدا حتى يطعم) وروى في كتاب على بن جعفر •

(لا تشتر البسر الاخضر حتى تبلغ ثمرته)

ويختلف بدء الصلاح باختلاف الاثمار : ــ

١ ــ مما يتلون ان يحمر أو يصفر أو يسود

٢ ــ مما يبيض فهو ان يتموه أي يحلو فيه الماء

٣ ــ مما يتلون مثل التفاح بأن يحلو ويطيب

٤ ــ البطيخ ان يقع فيه النضــــج

٥ ــ مما يتورد ، ان ينتشر فيه الورد وينعقد

٦ ــ الكرم ــ ان ينعقد الحصرم

٧ ــ القثاء والخيار ، لا يتغير طعمه ولا لونه فهو يؤكل صغارا ــ وأن يتناهى عظم بعضه ومتى خاست الثمرة المبتاعة قبل بدء الصلاح فالمبائع ما آغلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن (أي يحط من الثمن بقدر التلف)

وليس للبائع تكليف، مشتري الثمرة قبل بدء صلاحها الا ان يشترط بل يجب عليه تبقيها الى أوان اخذها عرفا بالنسبة الى جنس الثمرة) •

ويرجع الى المتعارف في تلك الشجرة ولو اضطرب العرف يؤخذ بالاغلب •

واذا تلفت الثمرة المبتاعة فيترتب مايلي : ــ

١ ــ اذا كان التلف (قبل القبض فهي من ضمان البائع وانفسخ العقد ولو تلف البعض انفسخ فيه خاصة وتخير المشتري بين أخذ الباقي بحصته من الثمن •

٢ ــ وان كان التلف في الجميع أو في بعض الثمرة •

ولا فرق في ان يكون التلف بأمر سماوي كالريح والثلج والبرد أو غير سماوي كالسرقة والحريق •

وسئل ابو عبد الله عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من ارض فهلك ثمر تلك الارض كلها فقال (قد اختصموا في ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانوا يذكرون ذلك فلما رآهم لا يدعون الحقوق نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه ولكنه فعل ذلك من اجل خصومتهم لذلك يحمل على الكراهة لا الحزمة •

يتضح مما تقدم ان الفقه الجعفري لا يقر وضع الجوائح لانه يعتبر التخلية بين الثمرة والمشتري قبضا كاملا انما يأخذ بقاعدة الرد بالعيب قبل القبض فلو تلف البعض قبل القبض انفسخ فيه خاصة وتخير المشتري بين أخذ الكل أو أخذ الباقي بحصته من الثمن[٧] •

---

(٧) جواهر الكلام ، مستمسك العروة الوثقى ، مفتاح الكرامة .

النصوص الفقهية

جاء في كتب الفقه الجعفري[8]

(يجوز بيع ثمرة النخل بشرط الظهور عاما واحدا وأزيد ولا يجوز قبله على رأي كما في الروضة والشرائع والمنافع وهو مذهب الاكثرية .

عن ابى على والقاضي (لا تباع الثمرة حتى يبدو صلاحها) وروي أيضا (لا تشتري النخيل حولا واحدا حتى يطعم) .

ومتى خاست الثمرة المبتاعة قبل بدء الصلاح فللبائع ما اغلت دون ما انعقد عليه البيع من الثمن أي يحط من الثمن بقدر التلف ، والمراد بالعام والواحد ثمرة ذلك العام .

وثمرة الشجرة يجوز بيعها مع الظهور ومدة انعقاد الحب ولا يشترط الزيادة والزرع يجوز بيعه بعد ظهور السنبل قائما وصقيلا .

وجاء في كتب الفقه أيضا[9]

(لا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها ، وكذا يجوز بيع البساتين اذا أدرك احدهما وبيع الثمرة فى اكمامها والزرع قائما وحصيدا وقصيلا وعلى المشتري قطعه ... ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات وما يحز او يخرط ... ولا يجوز بيع الحنطة والشعير ما لم يظهر السنبل الا ان يكون قصيلا تعلفه الدواب) .

وجاء في كتب الفقه ايضا[1] : ـ

(الكلام فيها يتوقف على النظر في ثمرة النخل والفواكه والخضر والملواحق .

---

(٨) مفتاح الكرامة جـ ٣ ص ٣٦٨ ـ ٣٨٠ .
(٩) كتاب تبصرة المعلمين في احكام الدين للعلامة الحلي ص ١٠٩ ـ ١٠٠ .
(١٠) جواهر الكلام ـ الفصل الثامن بيع الثمار .

١ ـ اما النخيل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاما ... لانعدام الثمرة فضلا عن الغرر والجهالة ... سئل ابن عبد الله عن بيع ثمرة النخلة هل يصلح شراؤها قبل اذ يخرج طلعها قال لا الا ان يشتري معها شيئا غيرها أو بقلا ... فأن لم يخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقلة ... فالرأي كراهة بيع الثمار سنة واحدة قبل ان يبدء صلاحها) .

وجاء في كتب الفقه الجعفري[11] :

(لو كان البيع صحيحا وحصل الفسخ أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع ، لعدم ثبوت الحق وقت الضمان ، فيكون من ضمان ما لم يجب ، اما اذا اتلف المبيع بعد القبض فضمانه على المشتري .

قال في الشرائع (اما لو تجدد الفسخ بالتقابل او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ، ويرجع المشتري على البائع وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق) .

فأن ضمان ما لم يجب لايدخل في الضمان المصطلح ولا تشمله ادلته الخاصة ، فالاستحقاق لا يثبت للمشتري الا بعد القبض وان تحقق السبب حال العقد كاف للضمان ، تطبيقا لدليل الضمان (على اليد ما اخذت حتى تؤدي) ويتم القبض بالتخلية حيث هي اذن بالاستيلاء على العين .

(١١) مستمسك العروة الوثقى جـ ١١ ص ٣١٠

الفصل السادس

تطبيقات النظرية في الفقه الظاهري

موقف مذهب الظاهرية من الفسخ للاعذار :ـ

١ ـ الاصل في مذهب الظاهرية انه يعتبر كل عذر للمؤجـــر أو المستأجر يجعلها في حالة اضطرار بحيث يكون في الزامها بتنفيذ العقد ضرر لم يستحقه في العقد فأن ذلك يعتبر عذرا في الفسخ مثــل المــرض او الخوف المانع او غير ذلك كذلك كل نازلة تحدث وتؤدي الى تعســر تنفيذ الالتزام تعتبر عذرا •

٢ ـ ان موت الاجير أوموت المستأجر يعتبر عذرا للفسخ كذلك موت المؤجر •

٣ ـ ان هلاك الشيء المستأجر تنفسخ به الاجارة •

٤ ـ الاجير يستحق من الاجرة بقدر ما عمل فلكل جزء من العمل جزء من الاجرة •

أمثلة على ما يعتبر عذرا للفسخ في الايجار

العذر	العلة
١ ـ استأجر دارا للسكنى ثم اضطر للرحيل عن البلد بان كان موظفا ثم صدر أمر نقله مثلا •	لرفع الضرر عن المضطر ورفع الحرج والضيق المأمور به شرعا
٢ ـ استأجر دابة للسفر ثم اضطر الى ترك السفر •	لرفع الضرر ولتعذر الانتفاع من المستأجر
٣ ـ اذا أجر حانوتا ثم حدث خوف مانع من الانتفاع به •	
٤ ـ اذا استأجر الرجل رجلا ليحمل له طعاما بأجر معلوم فمرض مرضا أقعده عن العمل •	لان المرض سبب لا ارادة للمستأجر فيه
٥ ـ أجر رجل عبده ثم أعتقه في مدة الاجارة •	لقوله تعالى (ولا تكسب كل نفس الا عليها)
٦ ـ أجر رجل دارا له ثم مات في مدة الاجارة •	لأن ملكه قد بطل بموته ولا يلزم الورثة في اموالهم
٧ ـ استأجر حانوتا ثم مات قبل انتهاء مدة الاجارة •	ولا يحل للمستأجر بالانتفاع بمنافع من لم يستأجر منه
٨ ـ اذا أفلس المستأجر فقام من السوق •	لرفع الضرر عنهما ولغرض ابقاء الدين وعدم تعرضهما للحبس
٩ ـ اذا لحق المؤجر دين فادح لايجد قضاءه الا من ثمن العين المؤجرة •	
١٠ ـ استأجر دارا فانهدم أو عبدا فأبق •	لهلاك المعقود عليه وذهاب الغرض من الاجارة

النصوص الفقهية

جاء في كتب فقه الظاهرية[1] : —

مســـألة : —

(وكذلك ان اضطر المستأجر الى الرحيل عن البلد او اضطر المؤجر الى ذلك فأن الاجارة تنفسخ اذا كان في بقائها ضرر على احدهما كمرض مانع أو خوف مانع أو غير ذلك ... قال تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه » وقال سبحانه وتعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » روينا عن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري قال : سئل الشعبي عن رجل استأجر دابة الى مكان فقضى حاجته دون ذلك المكان ؟ قال — له من الاجرة بقدر المكان الذي انتهى اليه .

ومن طريق عبد الرزاق عن معمر بن قتاده فيمن اكترى دابة الى أرض معلوما فأبى أن يخرج ، قال قيادة : اذا حدث نازله بعذر بها لم يلزم الكراء .

وجاء في نفس المصدر ايضا[2] : —

(مسألة — وموت الاجير او موت المستأجر أو هلاك الشيء المستأجر أو عتق العبد المستأجر أو خروج المستأجر من الدار او العبد أو الدابة او غير ذلك أو خروجه من ملك موأجره بأي وجه خرج كل ذلك يبطل الاجارة فيما بقي من المدة خاصة قل أو كثر وينفذ العتق والبيع والاخراج عن الملك بالهبة والصدقة .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٨٧ — الطباعة الخيرية بمصر ١٣٥٠ هـ .
(٢) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٨٤ .

برهان ذلك قوله تعالى (ولا تكسب كل نفس الا عليها) وقـــول الرسول صلى الله عليه وسلم (ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، واذا مات المؤجر فقد صار ملك الشيء المستأجر لورثته او الغرماء وانمـــا استأجر المستأجر منافع ذلك الشيء والمنافع انما تحدث شيئا بعد شـيء فلا يحل له الانتفاع بمنافع حادثة في ملك من لم يستأجر منه شيئا قط . وهذا هو أكل المال بالباطل جهارا ولا يلزم الورثة فى اموالهم عقد ميت قد بطل ملكه عن ذلك الشيء .

واما موت المستأجر فأنما كان عقد صاحب الشيء معه لا مع ورثته فلا حق له عند الورثة ولا عقد له معهم ولا يرث الورثة منافع لم تخلق بعد ولا ملكها مورثهم قط وهذا في غاية البيان وبالله تعالى التوفيق .

وجاء في نفس المصدر أيضا[٣] : ـ

(من رأى الاجارة كالبيع يقول ببقائها فما لك والشـافعي يبقيان الاجارة بموت المؤجر أو المستأجر وأبو ثور يبقيها بهلاك الشيء المستأجر فيقول (لا تنفسخ الاجارة بهذا بل هي باقية الى اجلها والاجرة كلهـا واجبـة .

ويقول مالك من استؤجرت دابته الى بلد معين فمات المســتأجر بالفلاة فأن الاجارة باقية في ماله وان من الواجب ان يؤتي المؤجر ثمـن نقله كنقل الميت الى ذلك البلد مع ان مالك يبطل الاجارة اذا حدثـت جائحة ككساد أو قحط وذهب ابن شريح والشعبي وصح عنهما ان كـل واحد من المستأجر والمؤجر ينقض الاجارة اذا شاء قبل تمام المدة وان كره الاخر .

ويقول الظاهرية ولا نقول بهذا لانه عقد عقداه في مال يملكـه المؤجر فهو مأمور بانفاذه وكذلك معاقده ماداما حيين وما دام ذلـك الشيء في ملك من اجره .

(٣) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٨٨ .

وجاء في نفس المصدر أيضا[4]

مسألة : ـ

وكذلك ان هلك الشيء المستأجر تنفسخ ووافقنا على هذا أبو حنيفة ومالك والشافعي وقال أبو ثور لا تنفسخ الاجارة بهذا أيضا وهي باقية الى اجلها والاجرة كلها واجبة للمؤجر على المستأجر •

وجاء فى نفس المصدر[5]

مسألة :

(وكل ما عمل الاجير شيئا مما أستؤجر لعمله استحق من الاجرة بقدر ما عمل فله طلب ذلك واخذه وله تأخير بغير شرط حتى يتم عمله أو يتم منه شيئا لان الاجرة انما هي على العمل فلكل جزء من العمل جزء من الاجرة وكذلك كل ما استغل الشيء الذي استأجر فعليه من الاجارة بقدر ذلك •

موقف الفقه الظاهري من وضع الجوائح

جاء في كتب الفقه الظاهرى[6] :

(فأن كان في حائط أنواع من الثمار من الكمثري والتفاح والخوخ وسائر الثمار فظهر صلاح شيء منها من صنف دون سائر اصنافه جاز بيع كل ما ظهر من اصناف ثمار ذلك الحائط وان كان لم يطلب بعد اذا بيع كل ذلك صفقه واحدة فأن اراد بيعه صفقتين لم يجز بيع ما لم يبد فيه الصلاح وان كان قد بدا صلاح ذلك الصنف بعد حاشا ثمر النخيل والعنب فقط فأنه لا يجوز بيع شيء منه لا وحده ولا مع غيره الا متى يزهو ثمر النخل ويبدأ سواد العنب أو طيبه •

---

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٨٧ •
(٥) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ١٩٠ •
(٦) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٤٥٧ ــ ٤٥٨ •

برهان ذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا يخلو هذا الصلاح الذي به يحل بيع الثمار بعد تحريمه من ان يكون عليه السلام اراد به ابتداء ظهور الطيب في شيء منه أو تناهي في جميعه أو له عن آخره أو في أكثره أو في أقله أو في جزء مسمى منه كنصف او ثلث او ربع و عشر أو نحو ذلك لابد ضرورة من احد هذه الوجوه • فمن المحال امتنع الذي لا يمكن اصلا ان يريد عليه السلام اكثره او اقله او جزءا مسمى منه ثم لا ينص على ذلك كان يكون عليه السلام مخالفا لامره تعالى بالبيان وهذا ما لا يقوله مسلم ، وايضا فان ذلك كان يكون تكليفا لنا ما لا نطيقه من معرفة ما لم نعرف به وقد امننا الله تعالى من ذلك بقوله (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) فبطلت هذه الوجوه بتعين لا مرية فيه ولم يبق الا وجهان فقط اما ظهور الصلاح في شيء منه و ان قل • واما عموم الصلاح لجميعه فنظرنا في لفظه عليه السلام فوجدناه (حتى يبدو صلاحها فصح انه ظهور الصلاح وبصلاح منه واحدة يسمى عليه في اللغة انه قد بدا صلاح هذا الثمر ، فهذا مقتضى لفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو انه عليه السلام أراد صلاح جميعه لقال : حتى يصلح جميعه •

قال ابو محمد : فاذا الامر كما ذكرنا فبيع ثمار الحائط الجامع لاصناف الشجر صفقة واحدة بعد ظهور الطيب لشيء منه جائز وهو الليث بن سعد لانه بيع ثمار قد بدا صلاحها ولم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان ذلك لا يجوز الا في صنف واحد واما اذا بيع الثمر صفقتين فلا يجوز بيع ما لم يبد فيه شيء من الصلاح بعد سواء كان من صنف قد بدا الصلاح في او من صنف آخر لان بيع ثمرة لم يبد صلاحها وهذا حرام •

واما النخل والعنب فقد خصهما نص آخر وهو نهيه عليه السلام عن بيع ثمر النخل حتى تزهي او تحمر ، وعن العنب حتى يسود او يبدو صلاحه بدخوله في سائر الثمار وان كان مما لا يسود • فلا يجوز بيع

شيء من ثمار النخل والعنب الا حتى يصير المبيع فيهما فى حال الازهاء أو ظهور الطيب فيه نفسة بالعواد أو بغيره ومن الله تعالى التوفيق •

وجاء في نفس المصدر(٧) : ـ

(ذهب أحمد بن حنبل وأبو عبيد والشافعي في أول قوله الى حط الجائحة في الثمار عن المشتري قلت أو كثرت وهذا قول له متعلق بأثر صحيح •

روى فى صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لو بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال اخيك بغير حق) •

ومن طريق مسلم ايضا عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله (ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بوضع الجوائح) •

وقالوا ايضا (على بائع الثمرة تسليمها الى المشتري طيبه كلها) •

فاذا لم يفعل سقط عن المشتري بمقدار ما لم يسلم اليه •

وعن انس ابن عياض ان عمر بن عبد العزيز قضى بوضع الجوائح وعن عطاء قال : الجوائح كل ظاهر مفسد من مطر أو برد أو ريـــح أو حريق او جراد •

قال ابو محمد ـ ان لم يأت ما يبين ان هذين الخبرين المذكوريـن على غير ظاهرهما والا فلا يحل خلاف ما فيهما ، وعلى كل حال فلا حجـة فيهما لقول مالك بل هما حجة عليه لانه ليس فيهما تخصيص ثلث مـن غـــيره •

فنظرنا هل جاء في هذا الحكم غير هذين الخبرين ؟ فوجدنا مارويناه عن طريق مسلم عن ابي سعيد الخدري قال :

اصيب رجل في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام فى ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليـــه

---

(٧) المحلى جـ ١١ ص ٣٨٤ •

وسلم (خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك فأخرجه رسول الله صلى الله عليه وسلم من ماله كله لغرمائه ولم يسقط عنه لاجل الجائحة شيئا فنظرنا في هذا الخبر مع خبرى جابر المتقدمين وأنس قد ورد ببيان تتألف به هذه الاخبار كما روى عن طريق مسلم عن أنس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الثمر حتى يزهي) قالوا وما يزهي ، قال تحمر أرأيت اذا منع الله الثمرة ، بم تستحل مال أخيك ؟

فصح بهذين الخبرين ان الجوائح التي أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها هي التي تصيب ما بيع من الثمر قبل الصلاح ، وان الجائحة التي لم يسقطها والزم المشتري مصيبتها هي التي تصيب المبيع بعد ظهور الطيب وجواز بيعه .

وورد ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لو بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا) .

فلم يخص ثمرا موضوعا على الشجر أو على الارض وأمر بوضع الجوائح ولم يذكر في ثمر ولا في غيره ولا في أي جائحة هو ؟

قال ابو محمد : والخسارة لانحطاط السعر جائحة بلاشك وهم لا يضعون عنه شيئا لذلك .

والثابت عن ابن عمر قال ــ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه قيل لابن عمر ، ماصلاحه ؟ قال تذهب عاهتــــه .

قال ابو محمد : تأملوا هذا فأن ابن عمر روى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه وفسر ابن عمر بأن بدو صلاح الثمر هو ذهاب عاهته فصح يقينا ان العاهة وهي الجائحة لاتكون عند ابن عمر الا قبل بدو صلاح الثمر وانه لا عاهة ولا جائحة بعد بدو صلاحه وهذا هو نص قولنا والحمد لله رب العالمين .

فيظهر ان الفقه الظاهري لا يقر وضع الجوائح في بيع الثمـــار والبقـــول .

الفصل السابع
موقف المذهب الزيدي من الفسخ بالعذر

يقر المذهب الزيدي فسخ الاجارة بالاعذار الاتية :ــ

١ ــ حدوث عيب في المعقود عليه كموت الدابة وتهدم الدار المستأجرة انقطاع ماء الارض ولو مطرا حتى مضت مدة الاجارة •

٢ ــ تنفسخ بهلاك المعقود عليه كموت العبد المستأجر والطفل الرضيع في الحضانة •

٣ ــ تنفسخ بالعذر الذي يذهب معه الغرض من العقد كمرض من يريد السفر أو من يحتاج الى حضوره في العمل كالحداد •

٤ ــ تنفسخ بالمانع الشرعي كنكاح من يمنعها الزوج الخروج الى ارض استأجرتها •

٥ ــ اذا حدث خوف في الطريق قوى على النفس أو المال •

٦ ــ اذا افلس المستأجر فللمالك الفسخ • كذلك مرض الاجير ولا نائب عنـــه •

٧ ــ اذا استأجر في شيء وضيع يلحقه عار اذا لم يتركه •

أمثلة على ما يعتبر عذرا شرعيا للفسخ

العــذر	العـــلة
١ ــ أجر طبيبا لقلع الضرس الوجعة ثم برئت وزال الالم •	لان الشرع منع من قـــلع الضرس الصحيح
٢ ــ استأجرت ارضا لتزرعها ثــم نكحت من لا يأذن بخروجها •	لان الشرع يمنعها ان تخرج بـــدون اذن زوجها
٣ ــ استأجر امرأة لكنس المســجد فحاضت أثناء مدة الاجارة •	لايجوز للمرأة الحائض شرعا دخول المسجد
٤ ــ استأجر طبيبا لقطع اليد المتأكلة ثم برئت •	ان اليد اذا برئت لا يجوز قطعهـــا لانها عضو صحيح

أمثلة على ما يعتبر عذراً في الفسخ في المعقود عليه

العذر	العلة
لتعذر استيفاء المعقود عليه	١ ـ اجر دابة لتوصله الى بلد معين فماتت في الطريق •
	٢ ـ اجر دارا ليسكنها فانهدمت في مدة الاجارة أو انهدم منه مالا يستطيع السكنى فيه •
	٣ ـ اجر ارضا للزراعة فانقطع عنها الماء •
	٤ ـ أجر عبدا لمدة معينة فمات قبل انتهائها •
	٥ ـ أجر مرضعة لارضاع طفل ثم مات الرضيع •
	٦ ـ استأجر متاعا ففسد حتى لا ينتفع به بسبب اجنبي •
	٧ ـ اذا استأجر ظهرا فوجده غير صالح للركوب •
	٨ ـ الجذام والبرص في الاجير للخدمة •

أمثلة على ما يعتبر عذرا في أحوال أخرى

العلة	العذر
لذهاب الغرض من العقد والحداد مطلوب بنفسه	١ ــ استأجر حدادا لعمل شبابيك الدار فمرض ولا يوجد من ينوب عنه .
لتعذر استيفاء المنفعة	٢ ــ استأجر دابة لمكان معين ثم انقطع الطريق بسبب الثلج
لان الخوف العام سبب اجنبي ويتعذر فيه الانتفاع	٣ ــ استأجر دارا للسكنى فحدث خوف عام منع المستأجر من استيفاء المنفعة .
لان الخوف العام سبب اجنبي وتعذر فيه الانتفاع	٤ ــ حصر البلد أو صدور منع التجول بأمر الحاكم العسكري فامتنع خروج المستأجر الى الارض المستأجرة
لرفع العذر عنه بسبب الافلاس	٥ ــ استأجر حانوتا فأفلس
لان العمل الوضيع يلحق العار	٦ ــ استأجرت نفسها خادمة فرفض أهلها لان الخدمة شيء وضيع ويلحقهم عار بسببه

ما لا يعتبر عذراً للفسخ :ـ

١ ـ لا تنفسخ بموت المستأجر لانه لا خلل في المعقود عليه وكذلك بموت المؤجر .
٢ ـ لا تنفسخ للبيع من قبل المالك لغير ضرورة .
٣ ـ اذا حدث عيب في المعقود عليه ولم يفسخ ثم زال العيب فلا فسخ ، كأن يكون العبد مريضا فيبرأ أو امتد الماء الى أرض الزراعة ثم جف .
٤ ـ اذا تهدم بعض الدار ثم بادر المالك الى اصلاحه حالا .
٥ ـ ليس للمتولي التأجير بغبن فاحش فأن فعل نقض .
٦ ـ الجائحة على زرع في المستأجرة لا يوجب فسخها اذ العيب ليس في المعقود عليه .

النصوص الفقهية

جاء في كتب فقه الزيدية :ـ

كتاب الاجارة فصل فيما يصح فسخ الاجارة :ـ

(وتنفسخ الاجارة بالرؤية والعيب كالاعيان ، وبطلان المنفعة كموت الدابة ولو بفعله وعليه حصة ما استوفى ومنه تهدم الدار وانقطاع ماء الارض ولو مطرا حتى مضت المدة ، ويخير في الارض لامكان الانتفاع بها في وجه آخر ، بخلاف تهدم الدار فقد خرجت عن كونها دارا .

وتنفسخ بموت العبد المستأجر والطفل في الحضانة ، قلنا العقد يتناول العين فينفسخ العقد بتلفه ، واذا غصبت العين مدة الاجارة فلا اجرة ، ويلزم الغاصب للمالك .

واذا المبيع في الاجارة هي المنافع وهي متجدده حالا فحالا ، ليست

مستكمله عند العقد فما تجدد فهو كأبتداء العقد ، ومنه جذام الاجير وبرصه وانقطاع ماء بئر الدار وتهدم بعض الدار عيب فأن كان ينصلح في الحال فأصلحه المالك فلا فسخ وان رضي بسكناها كذلك فلا نقص من الاجرة لان سكونه رضا .

وتنفسخ بالعذر الزائل معه الغرض من عقدها ، كمرض من يريد السفر او يحتاج الى حضوره في العمل والحداد ، وكنكاح من يمنعها الزوج الخروج الى ارض استأجرتها وهي لا تستتيب عذر كمرض الاجير .

ولا تنفسخ بموت المستأجر لانه لا خلل فى المعقود عليه فأما السن بعد ان برىء فالمانع الخطر لا العذر .

فأن حدث خوف في الطريق قوى على النفس والمال ، فلكل من المكرى والمكتري الفسخ ويصح عتق العبد المؤجر اتفاقا ويخير لما مر بين الفسخ والامضاء .

واذا احتاج المؤجر الى ثمن العين المأجورة لمنفعة او دين واجبين ، فله الفسخ في الدين والنفقة مقيسة على ذلك .

ولا تنفسخ للبيع لغير ضرورة ، ولا تنفسخ بموت أحد العاقدين أو كليهما لانتقال الملك الى الوارث ، وليس للمتولى التأجير بغبن فاحش فأن فعل نقض ، واذا أفلس المستأجر فللمالك الفسخ واذا مرض من لا يقوم به الا الاجير فله الفسخ للعذر ، قيل كذا لو أراد التحلل ولا نائب عنه ويلحقه عار بتركه ، وله الفسخ بمرض العبد ، وامتداد الماء الى الارض حتى أفسد وان زال العيب فلا فسخ .

موقف مذهب الزيدية من وضع الجوائح

الفقه الزيدي لا يقر وضع الجوائح لانهم يرون ان شرط ابقاء الثمر على الشجر ولو لمدة معلومة للنهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ومن وجه آخر لان الفساد في العقد ناتج من استمداد الثمر من الشجر والشجر من الارض فيدخل في المبيع ما ليس منه :ــ

وقد جاء في كتب فقه الزيدية :ــ

(حدثني زيد بن على عن ابيه عن جده عن علي عليه السلام قال ــ

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المحاقله والمزاينة وعن

بيع الشجر حتى يعقد وعن بيع الثمر حتى يزهي .

قال زيد ــ المزاينه بيع الثمر بالتمر والمحاقلة بيع الزرع بالحنطة والازهار الاحمرار والاصفرار وعن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد اخرجه ابو داود والحاكم .

وروي ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الثمار حتى تزهي قيل يارسول الله وما تزهي قال تحمر أو تصفر وكلمة زهى وأزهي يرجع الى تغير لون الثمر الى حالة الطيب والعلة فى النهى كونها قبل الازهاء قد عرضته للجوائح وفي بعض الروايات نهى البائع والمشتري وهو تأكيد بيان المنع وانه ليس بحق للآدمى بحيث لو اسقطه المشترى سقط بل حق للشرع اما البائع فلانه يريد أكل المال بالباطل واما المشتري فلانه يوافقه على حرام ولانه يضيع ماله وقد نهى عن أضاعة المال .

وفي الحديث حتى يبدو صلاحه أي صلاح الثمر ويكتفي بظهور

الصلاح في البعض وبصلاح بعضه يطلق على صلاح الكل • ولو انه اراد صلاح جميعه لقال ذلك ولان الله سبحانه وتعالى اجرى العادة الإ تطيب الثمار دفعة واحدة اطالة لزمن التفكه بها • وفي بلاد صنعاء اذا بيع العنب البياض بعد زهوه صح فيه ولا يصح في الاسود والعاصمي ونحوهما لانه يتراخى زهوه بعد العنب البياض •

وجاء في نفس المصدر : ـ

سئل زيد بن علي عليهما السلام عن الرجل يشتري الثمرة قبل ان تبلغ على ان يقطعها قال لا بأس بذلك قال قلت فأن اشتراها قبل ان تبلغ على ان يتركها حتى تبلغ قال هذا لا يحل ولا يجوز •

قال في المنهاج اما الوجه في المسألة الاولى فلانه اشترى شيئا يتمكن من الانتفاع به فجاز له ذلك كما لو اشتراه مقطوعا واما الوجه في المسألة الثانية فما تقدم من النهي عن النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ويخرج من كلام الامام عليه السلام ثلاث صور :

١ ـ حيث شرط قطع الثمرة في الحال لا يخلو اما ان يكون قبل ان يبدو صلاحها او بعده فأن كان قبله فقال الامام يحى يصح البيع ووجه ذلك الا من الضرر بالقطع ورضى المشترى بادخال الضرر على نفسه •

٢ ـ حيث شرط بقاء الثمرة فهذا لا يصح قال الامام يحى بلا خلاف لان البيع حينئذ لا يكون معلوما ولان ذلك من استئجار الشجر للثمر قال في المنازل وانما يشمل النهى صورة شرط البقاء ولو مدة معلومة وفيه وجه آخر من الفساد وهو استمداد الثمر من الشجر والشجر من الارض

فيدخل في المبيع ما ليس منه وقال في البحر الزخار بل يفسد العقد ان شرط البقاء بعد الصلاح مدة مجهول ويصح اذ علمت عند القاسمية خلافا للمؤيد بالله فقال يفسد مطلقا قيل وهو الصحيح لعلة النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .

٣ — حيث اطلق العقد من غير شرط فعند الهادي والقاسم والناصر واحد قولى المؤيد بالله ومالك واحمد واسحق لا يصح واختاره الامام يحى وحجتهم حديث (نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها) قال الشيخ تقي الدين لانه اذا اخرج من عموم بيعها وبشرط القطع تدخل باقي صور البيع تحت النهي ، ومن جملة صور البيع بيع الاطلاق .

الفصل الثامن

تطبيقات النظرية في الفقه الاباضى

موقف الفقه الاباضى من الفسخ بالاعذار : ـ

هل عقد الاجارة لازم كالبيع او جائز ولكل الرجوع فيه في ذلك قولان : ـ

١ ـ لازم ولا يجوز الرجوع فيه ـ فاذا نقد الاجير الاجرة أم لم ينقدها دخل العمل أم لم يدخله فيجبر الاجير على العمل والمستأجر على الاجرة وهو الظاهر بالنظر الى القياس على سائر العقود وللوفاء بالعهود ويدل له قول الشيخ وفرق بين المستعار والمتكارى ان المستعار ولو كان له حق في السكنى لو اراد صاحب الدار ان يخرجه بخلاف المتكارى وعلى هذا فأن ترك العمل فلا شيء له في الاجرة ولو عمل بعضا .

٢ ـ جائز لكل الرجوع فيه ولو نقد الثمن ودخل في العمل ما لم يتمه وهو ظاهر قول زكريا فى كتاب الاحكام واذا استأجر رجل رجلا لعمل معلوم بأجرة معلومة لألزمه الحاكم العمل الا ان تراضيا قياسا على الجعل والشركة .

ما يعتبر عذرا للفسخ

العلة	العذر
تعذر الانتفاع ويحط من الاجر قدر عدم الانتفاع	١ ـ هلاك محل عمل المستأجر أو تعذر عمله كان يستأجر راعيا لرعي غنم أو جملا في سفرة ثم مات الغنم أو عمي الراعي أو أقعد أو مات الجمل قبل تمام مدة الاجارة .
لرفع الضرر عن المستاجر	٢ ـ موت المستأجر أو مرضه أو رجوعه لمانع كمن استؤجر لموضع معين فمات أو يرجع لمانع يعذر فيه فله أجر ما مشى فقط .
لوجود العيب في المعقود عليه	٣ ـ من أجر حماما ولم ينتفع به للهدم أو تلف الادارة فلا كراء عليه وان انتفع بعض المدة فعليه الكراء بقدر ما انتفع به ٤ ـ استأجر عبدا معينا أو دابة معينة ثم هلك بآفة من الله بلا واسطة مخلوق فله كراء مثله .
لتلف المعقود عليه ولان الحادث الطارىء لا يمكن التحرز منه	٥ ـ لاجارة على الحصاد ثلاثة أيام فيحصد بعض المدة فيزون الزرع الباقي كله كان يتلف بسبب سماوي أو بغصب فلا أجرة عن الهالك أو المغصوب.

جاء في كتاب النيل وشفاء العليل :ـ

(ان كان شريكان في عبد وأعتقه أحدهما ضمن لشريكه نيابة فلو أتم العمل فلا يضمن وان عمل ثلث العمل فيضمن لشريكه ثلثيه أو يعتقه ، قال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شخصا له في عبد (أي جزءا) تلزم الاجرة للاجير ، قال ان العبد خرج حرا من اجرة الأجير وعليه اتمام العمل . وان هلك محل العمل المستأجر او تعذر عمله كأن يستأجر لرعى غنم و يستأجر بعيرا لمدة سنة فرعى زمنا ثم مات الغنم او الجمل او عمى الأجير او أقعد قبل التمام رد عليه رب العمل قيمة مقابل ما لم يعمل وحط عن الاجير قدر ما عمل .

وكذا ان تعدد الاجراء وخرج احدهم والمستأجر لم يضمن الاجرة ضمن الشركاء انسباءهم من الاجرة ومن استؤجر الى موضع فسات او يرجع لمانع يندر فيه فله اجر ما مشى بحساب الكراء الاول ويحسب على الذهاب والرجوع ان كان عليهما معا .

وجاء في نفس المصدر :ـ

(ومن أجر حماما ولم ينتفع به للهدم او التلف في الادارة ونحو ذلك فلا كراء عليه وان انتفع به بعض المدة فعليه الكراء بقدر ما انتفع به . ومن اتخذ شوافا (حارسا) على زرع فذهب الزرع بداء أو آفة الا شيئا قليلا فله شوافة تامة ولو لم يبق الا قدرها وان ذهبت انتهاء المدة فله قدر ما شاف .

وجاء فى نفس المصدر :ـ

(ومن كرى دابة حمل ثم ضل عن الطريق فتلف الحمل او الدابة فلا ضمان ولا كراء على صاحب الحمل ومنهم من يقول ينظر الى من ولى

السياقة او القيادة فأن كان السائق صاحب الدابة فعليه ضمانها وان كان يضمن ما جنت يده .

ومن استأجر عبداً معينا أو دابة معينة او فدانا معينا وغير ذلك من المعينات ثم هلك بآفة من الله بلا واسطة مخلوق فله كراء مثله ينظر العدول لا الاجرة المعقودة لان العقد الاول انفسخ بذهاب الاجرة المعينة فلا تثبت تلك الاجرة الا بعقد ثان مجدد وهما لم يجدداه وذلك على القول بأن لكل من الاجير والمستأجر الرجوع في الاجارة ومن قال ان عقد الاجارة لازم فللاجير بتلك الاجرة على المستأجر او يضمن مثلها ان أمكن او قيمتها ان لم يمكن .

وجاء في نفس المصدر :ـ

وان هلك طعام استؤجرت دابة لنقله الى موضع أو غنم استؤجر على رعيها لمدة سنة فليس لرب الدابة والراعي الا قدر السير والرعي لان التلف جاء من الله . وكذلك كراء الدابة والسفينة فتموت الدابة او تغرق السفينة .

وجاء في نفس المصدر :ـ

(وكذا اذا استأجروا سفينة فسارت في بعض الطريق وردتها الريح أو حملتها الى موضع لا يريدونه ، فلهما من الكراء ماسارت بهم بتوجهين اولا فقط . والريح كالغاصب فالسبب اجنبي التحرر منه .

وان استأجر رجل دابة الى موضع فماتت او غصبت او سرقت أو مشى به الى غيره بحيث يجوز أو هربت فلها ما ينوب ما فعلت من الرجوع من جملة الكراء .

ومما تجدر الملاحظة ان الفسخ بالاعذار في الفقه الاباضي بحث تحت عنوان (أحكام الطوارىء)[1] فتكون التسمية فيه أقرب لتسمية نظرية الظروف الطارئة فى القانون كذلك وردت هذه التسمية في الكتاب الفقهي بداية المجتهد .

---

(1) كتاب بداية المجتهد وكتاب النيل وشفاء العليل .

الفصل التاسع

تجميع الاراء الفقهية وصياغة قاعدة احكام الطوارىء

المبحث الاول ـ تجميع الاراء :

يتبين من دراسة الآراء الفقهية الاسلامية وموقفها من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ومن حيث سعة الاخذ بالفسخ بالاعذار الى مجموعات ثلاث : ـ

١ ـ الفقه الحنفي والظاهري والزيدي :

فقد اخذوا في تطبيقات الفسخ بالاعذار التي تسبب ضررا للمتعاقد اذا ما الزم على المضي في موجب العقد ضررا لم يستحقه عند ابرام العقد بسبب حدوث الظروف الطارئة سواء تعلق العذر بالمؤجر أو المستأجر أو لحدوث عيب في المعقود عليه أو تعلق بفوات الغرض من التعاقد وسواء كان المانع شرعيا أم حسيا والفقه الحنفي اكثرهم سعة حتي يجيز للمؤجر مثلا ان يفسخ عقد الايجار اذا بدا له فوات مصلحة له كمن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ترك السفر والمصلحة في ذلك هو انه ربما يريد الحج فيفوت طلب غريم له فيحضر او ربما كان يريد التجارة فيفتقر •

٢ ـ الفقه الجعفري والفقه الحنبلي :

كلاهما اخذ في تطبيقات الفسخ بالاعذار في الاحوال التالية على سبيل الحصر : ـ

آ ـ اذا حدث خلل أو عيب فى المعقود عليه •

ب ـ تعذر استيفاء المنفعة أو فوات القبض اللازم للاجارة مثل غرق الارض المستأجرة للزراعة أو اذا غصب طالب الدار المأجورة من المستأجر قبل القبض •

جـ ـ الخوف العام بسبب أجنبي والذي يمنع من سكنى المكان الذي فيه العين المستأجرة مثلا •

د ـ المانع الشرعي كسكون الالم للضرس الوجعة وقد أبرم عقد الايجار لغرض قلعها وحدوث الحيض للمرأة المستأجرة لكنس المسجد •

وكلاهما لا يأخذ بالعذر الخاص لأحد العاقدين ولا بالتلف الذي بسبب غير المعقود عليه ولا بالعيب الذي يبادر الى اصلاحه ولا يسبب ضررا • وكلاهما اعتبر حالة هلاك المعقود عليه وحالة المانع الشرعي حالة انفساخ •

وفي الفقه الجعفري اعتبر العقد باطلا من الابتداء على رأي ، واعتبرا حالة العيب الذي يؤدي الى الانتقاص للمنفعة والخوف العام الذي يمنع من سكنى المكان المستأجر حالة تخير بين فسخ العقد وامضائه •

٣ ـ الفقه الشافعي والمالكي والاباضي :

تقر هذه المذاهب الفسخ بالاعذار بحدود ضيقة بالنسبة للمذاهب الاخرى فهي لا تأخذ بتطبيق الظروف الطارئة الا في الاحوال التالية : ـ

آ ـ منع استيفاء المنفعة شرعا مثل شفاء السن المستأجر على قلعها أو العفو عن القصاص المستأجر على استيفائه •

ب ـ العيوب التي تنقص بها المنفعة وتحدث فعلا في المعقود عليه مثل تعثر ظهر الدابة المأجورة في السفر وضعف البصر في الاجير للخدمة •

جـ ـ تعذر استيفاء المعقود عليه كموت الطفل الرضيع والذي ابرم عقد الأجارة على ارضاعه ولا يعتبر عذرا موت أحد العاقدين ، ولا يعتبر عذرا الخلل في غير المعقود عليه ولا تنفسخ بعذر المؤجر كمرضه وقد أجر دابة وعجز عن الخروج معها ولا تفسخ بعذر المستأجر كتعذر وقود حمام استأجره ولا تنفسخ ببيع العين المؤجرة للمكتري وغيره •

غير انه في الفقه الاباضي رأيان في لزوم عقد الاجارة فرأى يـــرى انه لازم لا تجوز الرجوع فيه ورأى يرى انه غير لازم يجوز لكل مـــن العاقدين الرجوع فيه •

ويظهر من موقف الآراء الفقهية الاسلامية من وضع الجوائح انـه يمكن تقسيمها الى مجموعتين : ـ

١ ـ الفقه الحنبلي والمالكي والشافعي في فقهه القديم :

اخذوا بحط الثمن عن المشتري بقدر ما تسببه الجائحة من التلف غير ان المذهب المالكي لا يحط من الثمن اذا كانت الجائحة في أقل مـــن ثلث كمية الثمار المبيعة •

اذ يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه والحب بعد انعقاده واشتداده بغير شرط قطع أو بالتبقية الى أوان الجذاذ أو الحصـــاد لان العـــــرف يقتضيه ويلزم البائع سقيه فأن تلف قبل تمكن البائع من قبضه فيكـــون التلف من ضمان البائع اذ ان التخلية لا تعتبر قبضا كاملا •

٢ ـ المجموعة الثانية ـ الفقه الحنفي والشافعي في قوله الحديـــث والجعفري والظاهري والزيدي لا تقر وضع الجائحة عن المشتري فـــأذا بيع ثمر قبل بدو صلاحه (بشرط قطعه) ولم يقطع حتى هلك بجائحـــة فهي من ضمان المشتري والتخلية تعتبر قبضا تاما •

اما اذا بيع بعد بدو صلاحه فيفرق بين حالتين : —

آ — اذا كان التلف قبل القبض فهي من ضمان البائع وانفسخ العقد وذلك ان يتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى يوم قطفه فلا يعتبر انه قد تسلمه قبل القطف ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا لقاعدة (ان الهلاك على البائع قبل التسليم) •

ب — ان يخلى البائع الثمار الى المشتري من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، فتكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعدة العامة (ان الهلاك على المشتري بعد التسليم) ولاينفسخ البيع سواء كان التلف في الجميع أو في بعض الثمرة •

هذا وقد اختص المذهب الزيدي على النص بأنه لا يصح شرط بقاء الثمرة على الشجرة حتى ولو كان بعد بدو صلاحها اذ وصف العقد بالفساد لان فيه يستمد الثمر من الشجر والشجر من الارض فيدخل في المبيع ما ليس منه وهو الرأي الغالب فى الفقه الزيدي •

المبحث الثاني — صياغة قاعدة احكام الطوارىء في الفقه الاسلامي :

لم يبحث الفقه الاسلامي نظرية الظروف الطارئة كنظرية بحثا مستقلا ولم يشيد لها نظرية متماسكة الاطراف ولكنه عالجها في المسائل والجزيئات ووضع لها حلولا عملية يمكن ان يصاغ منها نظرية يسودها منطق قانوني سليم •

ولم يضع الفقهاء نظرية يرجع اليها لتبرير التعارض مع القوة الملزمة للعقد مادامت مقتضيات العدالة هي التي تسود دائما وهي التي تبرر هذا الاستثناء من تنفيذ الالتزام هذا من جهة ومن جهة ثانية فأن طابع الفقه الاسلامي طابع موضوعي فهو يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حلولا عملية عادلة •

وان الفقه الغربي اضطر الى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة

لان القوة الملزمة للعقد فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت الى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولا على مقتضيات العدالة وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والاشادة بسلطان ارادة المتعاقدين والتخفيف كان بسبب تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي • وعند صياغة النظرية من حلول المسائل العملية والتطبيقات الفقهية سنتقيد بالاصطلاحات الفقهية بهذا الصدد وسنبين في الهامش ما يقابل هذه الاصطلاحات في القانون •

ويمكن صياغة النظرية في الفقه الاسلامي على اختلاف في السعة والضيق في آراء المذاهب الفقهية بما يلي : —

١ — في العقود المستمرة التنفيذ وخير مثال عليها ، عقد الايجار ، اذا حدث طارىء قبل تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه ، وكان من شأنه ان يسبب عجز العاقد عن المضي في موجب العقد[١] . أو باستيفاء المعقود عليه[٢] ، الا بضرر لم يستحقه بالعقد[٣] ، سواء أصاب الضرر (نفسه أو ماله) فله ان يفسخ العقد بالعذر •

٢ — في العقود الفورية المؤجلة التنفيذ وخير مثال عليها بيع الثمار والبقول التي أبقيت على رؤوس الشجر حتى تستوفي طيبها[٤] اذا اصابتها جائحة سبب اتلاف الثمرة : —

وضع عن المشتري من الثمن[٥] ، بقدر التلف الذي سببته الجائحة[٦] •

الاصطلاح الفقهي الاسلامي	ما يقابله في القانون
(١) المضي في موجب العقد	تنفيذ العاقد لالتزامه
(٢) لم يستحقه بالعقد	لم يلتزم به المتعاقد عند ابرام العقد
(٣) استيفاء المعقود عليه	التمكن من الانتفاع واستيفاء المنفعة
(٤) تستوفي طيبها	يتم نضوجها
(٥) وضع عن المشتري من الثمن	انتقص الثمن وحط منه مقابل التلف
(٦) الجائحة	هي ما يصيب الثمر من السماء كالبرد أو آفة كالعفن والدودة

٣ ـ اذا حصل تغير في سعر النقود او صدر أمر سلطاني بتغير سعر بعضها فينظر في تلك النقود التي رخصت ويدفع من أوسطها نقصا لا الاقل ولا الاكثر كيلا يتناهى الضرر على البائع او على المشتري وهذا يسمى (الصلح على الاوسط) •

ويظهر ان اساس النظرية فى الفقه الاسلامي هو رفع الضرر الذي يصيب المتعاقد اذا ما نفذ التزامه بسبب الظرف الطارىء غير المتوقع عند التعاقد . أي ضرر كان أصاب النفس أم أصاب المال فهي أوسع نطاقا منها في القانون لان الاخير يستند الى الضرر الاقتصادي واعادة توازنه بين المتعاقدين فقط • وهي على هذا الاساس تنتظم فيها في الفقه الاسلامي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ومقياس النظرية في الفقه الاسلامي اكثر مرونة منه في القانون : ـ

ولا بد من الاشارة هنا الى الاصطلاحات الفقهية المقابلة للاصطلاحات القانونية : ـ فأن الفقهاء يعبرون بتعبير (الآفة السماوية) عما يقصده رجال القانون بعبارة (القوة القاهرة) وعن صيرورة الوفاء مرهقا (بالتعسر) فقد جاء في كتب الفقه •

(اذا صار غاصبا يخلط غزله بغزل الاخر خلطا يتعذر تمييزه أو يتعسر)[٧] واستعمل هذا الأصطلاح قدري باشا فى مؤلفه[٨] والدكتور محمد زهير جرانه في كتابه[٩] كما عبر الفقهاء غالبا عن الهلاك بآفة سماوية بعبارة (هلك في يده) أو (تلف) وعن الهلاك بغير الآفة السماوية بكلمة (هلك على يده) أو (أتلف) •

---

(٧) جامع الفصولين جـ ٤ ص ١٢٨
(٨) مرشد الحيران مادة ٤٣١
(٩) مبادىء القانون الاداري المصري ص ٢٣٢ لسنة ٩٤٤

المبحث الثالث ـ تقييم الآراء :

حيث ان الاصل في العقود ان تكون لازمة ويعبر عن ذلك شرعا (أصالة اللزوم) ويقابل ذلك قانونا (القوة الملزمة للعقد) فليس لاحد العاقدين فسخها وان بدا له قبل انقضاء مدة الاجارة فعليه الاجرة فالاجارة عقد لازم يقتضي تمليك الموجر الاجرة ، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور فاذا فسخها المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنفسخ ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها في حالة كون يد المستأجر عليها واذا تصرف لم تنفسخ الاجارة وعلى المستأجر جميع الاجرة وله على المالك اجرة المثل لما سكن او تصرف فيه .

هذا هو الاصل والاستثناء هو اعطاء الحق لاحد العاقدين بطلب الفسخ في حالة الاضطرار وحدوث الضرر له اذا ما الزم على التنفيذ بسبب حدوث خوف عام أو حدوث عيب في المعقود عليه يؤدي الى انتقاص المنفعة أو ذهابها بأجمعها لهلاك المعقود عليه او لمانع شرعي مثلا يتعذر فيه الانتفاع او يتعذر التسليم وتطبيقا لقاعدة عدم التوسع بالاستثناء من الاصل الا بالقدر الذي شرع من أجله : ـ

فأن المجموعة الثانية من الاراء الفقهيه وهم فقهاء الحنابلة والجعفرية هي التي سلكت طريقا وسطا ولم تتوسع في الاستثناء (من اصالة اللزوم) حيث لم يجز فسخ الاجارة لعذر خاص بأحد العاقدين كأن يخاف المستأجر من سكنى المأجور وحده لقرب اعدائه منه أو حلولهم في طريقه وكأن يحبس او يمرض أو يتلف متاعه لانها اعذار خاصة به ولا تمنع استيفاء المنفعة منعا مطلقا خلافا للمذهب الظاهري والمذهب الزيدي والحنفي وكذلك الاحناف يتوسعون في الفسخ للاعذار الى درجة يعطون الحق لأحد العاقدين ان يطلب الفسخ اذا بدا له ذلك لفوات مصلحة تخصه كمن يستأجر دابة ليسافر عليها ثم يبدو له ترك السفر لمصلحه كأن يطلب تجارة فيفتقر او يريد الحج فيفوت وقته وهذا يؤدي

الى عدم استقرار المعاملات •

وأما المجموعة الثالثة وهم الشافعية والمالكية والاباضية فهي لاتجيز فسخ عقد الاجارة للاعذار الا في حدود ضيقة فهي لا تجيز الفسخ لتعذر السفر بالدابة المكتراة لطرو خوف كما لا يعتبر عذرا اذا كان تعذر الانتفاع يرجع لمعنى في غير المعقود عليه كما لو ضرب ما حول الدار أو بطل آمير البلدة التفرج في السفن كذلك لا تنفسخ في موت المؤجر أو المستأجر •

يظهر من هذه المناقشة أن آراء فقهاء الحنابلة والجعفرية هي التي سلكت طريقا وسطا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة وطبقت القاعدة الفقهية بتطبيق الضرورة بقدرها دون تجاوز على حقوق الغير فهو الرأي الراجح في نظري •

تقييم آراء الفقهاء الذين أخذوا بوضع الجوائح مع آراء من لم يأخذ بها :

ان الفقه الحنبلي والمالكي والشافعي في فقهه القديم أقروا وضع الجوائح عن المشتري استنادا الى الادلة الاتية : ـ

١ ـ الأدلة من الآيات القرآنية الكريمة : ـ

آ ـ قال سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) •

ب ـ وقوله تعالى (فبما نقضهم ميثاقهم ••• الى قوله وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل) •

وان من أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين دون تسليم الآخر وان ما تلف يجب الا يقابله شيء من العوض فأذا تلفت الثمرة لا يبقى للمشتري مقابل ما دفعه شيء •

٢ ـ الاحاديث النبوية : ـ

آ ــ روي في صحيح مسلم عن جابر بن عبد الله ــ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لو بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟

ب ــ وروى في صحيح مسلم أيضا عن سليمان بن عتيق عن جابر بن عبد الله (ان رسول الله عليه الصلاة والسلام أمر بوضع الجوائح) .

جـ ــ حديث يرويه أنس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أرأيت اذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ لا ينبغي ان يأخذ أحدكم مال آخيه باطلا) .

هذا وان وضع الجوائح في المبايعات والضمانات والمؤجرات داخل في قاعدة : (تلف المقصود المعقود عليه قبل التمكن من قبضه) .

وان المعاوضة بناءها المعادلة ، لم يبذل احدهما الا ليحصل على ما طلبه :

قال الفقهاء ان المتلف اما ان يكون البائع أو المشتري او الغير أو يكون بأمر سماوي فأن كان هو المشتري فتلافه كقبضه يستقر به العوض وان كان بأمر سماوي انفسخ العقد ووضع الجوائح ثابت بالنص وبالعمل القديم وبالقياس الجلي وهو مذهب أهل المدينة قديما من زمن رسول الله عليه الصلاة والسلام الى زمن مالك وغيره وهو مشهور عن القاسم بن محمد ويحى بن سعيد ومالك واصحابه وهو مذهب فقهاء أهل المدينة كأحمد وأصحابه .

وقال الفقهاء الذين لم يأخذوا بوضع الجوائح : ــ

١ ــ لقد ورد عن أنس عن طريق مسلم ان رسول الله صلى الله

عليه وسلم (نهى عن بيع الثمر حتى يزهى) قال ــ وما يزهى قال تحمر ، أرأيت اذا منع الله الثمرة ، بم تستحل مال أخيك ؟

ومن التاليف بين الخبرين الذين رواهما جابر بن عبد الله وهــــذا الخبر ينتج ان الجوائح التي امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضعها هي التي تصيب ما بيع من الثمر قبل الصلاح ، وان الجائحة التي لــــم يضعها عن البائع والزم المشتري مصيبتها هي التي تصيب الثمر المبيع بعد ظهور الطيب وجواز بيعه .

٢ ــ وقالوا في الحديث (لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحــة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئا) انه لم يخص ثمرا موضوعا على الشــجر وعلى الارض حيث ورد كلمة ثمرا مطلقة .

٣ ــ وقالوا في الحديث (ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمــر بوضع الجوائح) لم يذكر في ثمر ولا في غيره ولا في أي جائحة هو ؟

٤ ــ روى عن طريق مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : ــ

اصيب رجل في عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في ثمـــــر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (تصدقوا عليــه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : (خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك) فأخرجه رسول اللــه صلى الله عليه وسلم من ماله كله لغرمائه ولم يسقط عنه لاجل الجائحة شيئا .

٥ ــ الثابت عن ابن عمر قال ــ قال رسول الله صلى الله عليـــه وسلم (لا تبيعو الثمر حتى يبدو صلاحه) فقيل لابن عمر ما صلاحــه ؟ قال تذهب عاهته فصح يقينا ان العاهة لا تكون عند ابن عمر الا قبل بدو صلاح الثمر .

هذا واذا رجعنا الى الفقه الحنبلي والفقه المالكي نرى انهما يقران عدم صحة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فقد جاء في الفقه الحنبــــلي

(لا يصح بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لحديث بن عمر (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها منهما البائع والمبتاع والنهي يقتضي الفساد ولا يصح كذلك بيع الزرع قبل اشتداد حبه ...) وإذا بدا صلاح الثمرة او اشتدد لحب جاز بيعه مطلقا آي بغير شرط قطع وجاز بيعه بشرط التبقية حتى ينتهي طيبه لأن النهي عن بيع الثمر قبل بدو الصلاح وعن الزرع حتى يشتد يدل مفهومه على جواز البيع بعد بدو الصلاح والاشتداد وللمشتري تبقية الثمر والزرع الى وقت الحصاد او الجذاذ لأن العرف يقتضيه ويلزم البائع سقيه ان احتاج فأن تلفت الثمرة قبل قطعها كانت من ضمان البائع وان تلف بعضها حط من الثمن قدر التلف .

وان نقطة الخلاف الجوهرية بين الفقهاء الذين يقرون وضع الجوائح وبين اولئك الذين لا يقرونه هي هل التخلية قبض تام للمبيع أم لا ؟ فيقول الفريق الأول من الفقهاء ان التخلية ليست بقبض تام فيطبقون قاعدة (ان الهلاك على البائع قبل التسليم) .

ويقول الفريق الثاني من الفقهاء ان التخلية قبض تام وطالما ان التخلية كافية لجواز التصرف فهي كافية في جواز نقل الضمان قياسا على العقار والشافعي يميز بين فرضين : ـ

١ ـ يتفق المشتري مع البائع على بقاء الثمر على الشجر الى يوم تطفه فلا يعتبر انه تسلمه قبل القطف ، ومن ثم تكون الجائحة على البائع تطبيقا لقاعدة (ان الهلاك على البائع قبل التسليم) .

٢ ـ يخلي البائع الثمار من وقت البيع ، فيعتبر المشتري قد تسلمها ولو قبل قطفها ، ومن ثم تكون الجائحة على المشتري تطبيقا للقاعدة العامة (ان الهلاك على المشتري بعد التسليم) .

فيظهر من هذه المناقشة ان رأي الفقهاء الذين يأخذون بوضع الجوائح والحط من الثمن عن المشتري بقدر التلف الذي سببته الجائحة هو الرآي الراجح في نظري •

مقارنة الرأي الراجح في الفقه الاسلامي

مع احكام النظرية في القانون

ا ــ من حيث السبب :

ان السبب في نشوء النظرية في القانون هو الظرف الطارىء الذي يحدث الارهاق للمدين اذا ما ألزم بتنفيذ التزامه والسبب في تطبيقها في الفقه الاسلامي هو رفع الضرر الذي يحدثه العذر والظرف الطارىء في القانون هو الحادث العام النادر الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهظ فى الاسعار او نزول فاحش فيها يطرأ على العقد فيما بين ابرامه وتنفيذه والا يكون بالامكان توقعه او التحرز منه •

اما العذر في الفقه الاسلامي فهو الآفة السماوية أو الجائحة النازلة وكل عذر في بقائه ضرر على أحد المتعاقدين كمرض مانع او خوف مانع أو عيب في المعقود عليه يؤدي الى انقاص المنفعة او مانع شرعي يمنع من الانتفاع •

فمن هنا نرى ان العذر في الفقه الاسلامي أوسع نطاقا من الظرف الطارىء في القانون لانه فى القانون يتعلق بالضرر الذي سببه الارهاق من الناحية الاقتصادية التى تهدد المدين بخسارة فادحة وفي الفقه الاسلامي يتعلق العذر برفع الضرر أي ضرر سواء أصاب النفس أم أصاب المال والضرر الذي يصيب النفس مثلا المرض المانع او الخوف

المانع وقد يتعلق رفع الضرر بسبب عدم الوقوع في الاثم لوجود المانع الشرعي مثال ذلك من استأجر امرأة لكنس المسجد فحاضت اثناء مدة الاجارة حيث ان دخول المرأة في المسجد وهي حائض يكسبها اثما فاعطيت حق طلب الفسخ لرفع الاثم عنها اذا ما ألزمت بتنفيذ الاجارة وان القانون لا ينظر هذه النظرة الشرعية •

كما ان العذر ورفع الضرر في الفقه الاسلامي مقياسه اكثر مرونة من شرط الارهاق في القانون لان تقدير شرط الارهاق يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر ، ومايكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف اخرى وان تحقق شرط الارهاق المهدد بالخسارة الفادحة يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وكيفية التقدير يختلف باختلاف الدول فمنهم من يأخذ (المعيار الموضوعي) ومنهم من يأخذ (بالمعيار الشخصي) ومنهم من يمزج بين المعيارين : —

١ — ويقتضي المعيار الموضوعي تحديد الفرق بين قيمة الالتزام المذكور في العقد وقيمته الفعلية بعد حدوث الظروف الطارىء ليستطيع معرفة ما اذا كان هذا الفرق يصل الى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين أم لا ؟

مثال ذلك قيمة كيلو الحنطة في عقد التوريد هو (ستون فلسا) • والتقلب العادي لسعره يجعله يتردد بين ان يرتفع الى (ثمانين فلسا) أو يهبط الى ٤٠ فلسا وما زاد على ذلك ارتفاعا او هبوطا يعتبر تقلبا غير عادي لهذا السعر •

٢ — ويقتضي المعيار الشخصي — بحث حالة المدين من حيث ثروته ووسائله وامكانياته لمعرفة ما اذا كان تنفيذ الالتزام يرهقه أم لا ؟

فلايمكن بحال من الاحوال ان نعامل فلاحا أو مزارعا صغيرا كما نعامل مهندسا او شركة كبيرة لديها مستشاروها الاقتصاديون التجاريون

ولديها من الآلات من أحدث ما توصل اليه العلم كما ان الوقت والظروف التي يتم فيها التعاقد تؤثر في تحديد درجة تقلب الاسعار فتوقع تقلبها في حالة السلم أضيق كثيرا منها في حالة الحرب والازمات الاقتصادية ويفضل المزج بين المعيارين الموضوعي والشخصي لتقدير درجة الارهاق • لأن الاخذ بالمعيار الموضوعي وحده يؤدي الى اهمال ظروف المدين بالتنفيذ الشخصية وهذا امر تأباه العدالة وينكره واقع التعامل ، كما ان الاخذ بالمعيار الشخصي وحده يؤدي الى الافراط في تقدير الظروف الشخصية لكل مدين على حدة ويدخل القاضي في محيط لا شاطىء له من الحالات التي تختلف وتتفاوت باختلاف الافراد • والمزج بين المعيارين أخذ به مجلس الدولة في فرنسا والقضاء في مصر •

فالضرر الذي يصيب المدين ويجعله عاجزا عن المضي في موجب العقد بسبب المانع الشرعي او المانع الحسي الذي يتعذر معه الانتفاع بالمعقود عليه أكثر مرونة وأسهل التعرف عليه في الفقه الاسلامي منه فى تقدير درجة الارهاق فى القانون •

وعبارة (ضررا لم يستحق بالعقد) الوارد في الفقه الاسلامي عبارة دقيقة لان تنفيذ العقد بالوضع الذي اتفق عليه المتعاقد ان لا يقتضي تحمل الضرر الزائد ويقابل ذلك في القانون انه لم يكن متوقعا عند التعاقد بمعنى ان المتعاقدين يتوقعان عند التعاقد القدر المحتمل أو العادي للخسارة أو المكسب وما تجاوز هذا القدر المحتمل (فهو غير مستحق بالعقد) لانه ضرر زائد فلا يلتزم به المتعاقدان •

٢ ـ من حيث الاثار :

الظرف الطارىء في نظرية الظروف الطارئة يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة كذلك العذر في الفسخ

بالاعذار يجعل المضي في موجب العقد معسرا ولا يمكن ان يتم الا بضرر لم يستحقه بالعقد كذلك الجائحة التي تسبب تلفا في المبيع تسبب ضررا المشتري اذا ما الزم على دفع الثمن كاملا حيث يكون قد دفع جزءا من الثمن مقابل الجزء التالف من المبيع وهذا حرام شرعا يتضح من ذلك ان الآثار في نظرية الظروف الطارئة وفي تطبيقاتها في الفقه الاسلامي هي متشابهة •

٣ ـ من حيث الجزاء :

آ ـ في القوانين الغربية : ـ

ان أسبق القوانين أخذا بالنظرية وأقربها الى روح الشريعة الاسلامية هو القانون المدني البولوني ويليه القانون الايطالي •

من حيث ان الاول اعطى سلطة تقديرية واسعة للقاضي فله ان يعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن يحدد مقداره أو أن يقضي بفسخ العقد • والقضاء بفسخ العقد مماثل للشريعة الاسلامية •

والقانون المدني الايطالي أعطى في المادة (١٤٦٧ منه) الحق للمتعاقد المدين ان يطلب فسخ العقد كما هو الحال في الشريعة الاسلامية كما اعطى للمتعاقد الاخر ان يدرأ الفسخ بوضعه تعديلا لشروط العقد حسبما تقتضيه العدالة •

ب ـ في القوانين العربية : ـ

ان الجزاء في المادة (١٤٧) مصري فقرة ٢ والمادة ١٤٨ من التقنين المدني السوري والمادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٧ من القانون المدني الليبي هو تعديل الالتزام ورده الى الحد المعقول ولم يجز القاضي الفسخ كما في الشريعة الاسلامية هذا ونلاحظ في الشريعة الاسلامية جعل بعض الحالات فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة حالة فسخ تحتاج الى الحكم القضائي وبعضها حالة انفساخ لا تحتاج الى حكم قضائي بل ينفسخ العقد من تلقاء نفسه .



الفصل العاشر

موعد اقامة الدعوى

مناقشة موضوع تعديل مبلغ الالتزام الذي يرتفع معه الارهاق وموعد رفع الدعوى به ـ هل يجب ان يكون قبل تنفيذ العقد او خلاله وهل يعتبر المطالبة به بعد تنفيذ اعقد رضا من المدين مما يمتنع معه أقامة الدعوى ؟ •

في القضاء الاداري :

ان الظرف الطارىء لا يحرر المتعاقد من التزاماته فهذا الالتزام وان كان مرهقا فأنه مسكن والغاية من تطبيق النظرية ، تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة لان كل اخلال بهذه الالتزامات يؤدي الى تأثير على سير المرفق العام ويؤدي الى الضرر بجمهور المنتفعين منه • لذا يتعين على المتعاقد ان يواصل تنفيذ التزامه رغم حدوث الظرف الطارىء فإذا توقف عن تنفيذ التزامه استنادا الى الظرف الطارىء فأنه يتعرض لتوقيع غرامات التأخير ولا يجديه نفعا الاحتجاج بالظرف الطارىء •

أمثلة من الاحكام :

١ ـ حكم محكمة القضاء الاداري المصري الصادر في ٣٠ حزيران سنة ٩٥٧ جاء فيه : ـ

(لا شبهة في ان قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها ، والتي يترتب عليها انه اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد ارهاقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع

الادارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الاعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه جزئيا عن الخسارة الواضحة المحققة التي لحقته ، يستوي في ذلك ان تكون المطالبة بهذا التعويض اثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته مادام المتعاقد مع الادارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية والاساس في ذلك نظرية الظروف الطارئة .

٢ ـ ان الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ ، الاصل الا تعويض عنها ، لكن اذا وافقت الادارة على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد فيسمح في هذه الحالة مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة كما جاء في الحكم الصادر في ٩ حزيران سنة ٩٦٢ (ان الشركة وان كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا ان الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها ومن مقتضي هذا الشراء استمرار الرابطة التعاقدية وان استمرار العقد منتج لاثاره واعتبار الشركة هي المسؤولة أمام الوزارة عن عملية الشراء ، فالشركة تعتبر من الناحية القانونية قد واصلت التنفيذ ...)

في القضاء المدني المصري :

ان الفقرة ٢ من المادة ١٤٧ تجيز للقاضي ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول فالقاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذي يواجهه فقد يرى ان الظروف تقتضي انقاص الالتزام المرهق او زيادة الالتزام المقابل أو وقف تنفيذ العقد .

أمثلة

١ ـ انقاص الالتزام المقابل ـ كأن يتعهد تاجر بتوريد السكر ثم يحدث ظرف طارىء كحرب يمتنع بها استيراد السكر او تغلق بعض مصانع

السكر مما يصبح من العسير على التاجر ان يورد جميع الكميات المتفق عليها بالموعد المعين فيجوز للقاضي في هذه الحالة ان ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه •

٢ ـ زيادة الالتزام المقابل : ـ كان يتعهد تاجر بان يورد الف كيلو من الحنطة مثلا بسعر ستين فلساللكيلو فيرتفع السعر الى خمسمائة فلسا للكيلو فيرفع القاضي السعر الوارد فى العقد •

٣ ـ وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء مثلا ان يتعهد مقاول بأقامة مبنى ، وترتفع بعض اسعار مواد البناء لحادث طارىء ارتفاعا فاحشا ولكنه يوشك ان يزول لقرب فتح باب الاستيراد فيوقف القاضي تنفيذ التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المعين ، حتى يتمكن من القيام بالتزامه دون ارهاق ، اذا لم يكن في هذا الايقاف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى تشترط محكمة النقض المصرية ان يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل ما بين ابرام العقد وتنفيذه •

أمثلة

١ ـ نقض ـ مدني فى ٢٠ـ١٢ـ٩٦٢ المنشور في مجموعة احكام النقض ١٣ رقم ١٨٧ ص ١١٧٩ جاء في الحكم ـ (ان نظرية الحوادث الطارئة لا تنطبق الا عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وتنفيذه واذا كان الالتزام قد نفذ فعلا فأنه ينقضي وبذلك يمتنع انطباق النظرية لانها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد •)

٢ ـ نقض مدني في ١١/٥/٩٦١ المنشور في مجموعة احكام النقض ١٢ رقم ٦٩ ص ٤٦٦ جاء فيه يجب لتطبيق نص المادة (٢/١٤٧) ان

يكون الالتزام قائما لم يتغير ، فأذا كان الالتزام الاصلي قد نفذ دون تعديل المقابل — فلا يكون هناك مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وانما يحق للمحكمة استنادا الى المادة (١٤٨/٢) الزام الطرف لاخر بفرق السعر حتى تتوازن الالتزامات في العقد بما تقتضيه العدالة وطبيعة الالتزام •

والقضاء العراقي سار أخيرا على غرار القضاء المدني المصري فقد قررت محكمة التمييز (١١٧ حقوقية / ١٩٦٥) بأنه يشترط في الظروف الطارئة ان يتمسك بها المتعاقد والعقد لايزال في دور التنفيذ •

والدكتور حسن الذنون لا يقر هذا الاتجاه للاسباب التالية : —

١ — ان نظرية الظروف الطارئة من صنع القضاء الاداري ، ولم يرد دور المشرع المدني على اقتباس ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد وصياغته ولا نعرف ان مجلس الدولة (في فرنسا أو في مصر) اشترط مثل هذا الشرط في أي حكم له •

٢ — ان نظرية الظروف الطارئة نظرية تقوم على فكرة العدالة وليس من العدالة ان يحرم المتعاقد الذي تحمل الارهاق امتثالا لعقده واحتراما لالتزاماته ، من التمسك بهذه النظرية ، وان يسمح للمتعاقد المتقاعس الذي توقف عن التنفيذ بالتصدي بهذه النظرية •

٣ — يبدو لي ان كلا من محكمة النقض والابرام المصرية ، ومحكمة التمييز العراقية قد تأثرت فيما قضت به المادة (٢٦٩) من القانون البولوني وهي المصدر الذي اقتبست منه المادتان العراقية والمصرية ، ولكنني أود ان الفت النظر في هذا الصدد الى ان هناك فارقا اساسيا بين صياغة المادة البولونية من جهة وبين المادتين العربيتين من جهة اخرى، ذلك ان المادة (٢٦٩) من القانون البولوني تعطي للقاضي عند توافر الظرف الطارىء سلطة تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، او تحديد مقداره ، او فسخ العقد وواضح از كلا من (تعين طريقة التنفيذ) أو (تحديد مقدار

الالتزام) أو (فسخ العقد) يفترض قيام الالتزام وان العقد لازال فى دور التنفيذ أما نص المشرع العراقي فانه يعطي للقاضي (انقاص الالتزام المرهق اورده الى الحد المعقول ويستطيع القاضي (انقاص) أو (رد) لالتزام المرهق اثناء تنفيذ الالتزام لتعاقدي او بعده[1] •

في القضاء المدني العراقي

١٥ـ٣١٩ حقوقية ٥٩ بغداد

ان المميز عليه رغم الحوادث الاستثنائية قام بتنفيذ التزامه رغم ان التنفيذ لهذا الالتزام التعاقدي كان مرهقا للمميز عليه بحيث سبب له خسارة وحيث ان القرار الاستئنافي جاء موافقا للقانون قرر تصديقه •

(القرار الاستئنافي قضى بتعديل الحكم البدائي المستأنف وذلك بالزام المستأنف عليه المدعى عليه وزير الداخلية بتأديته للمستأنف عليه المدعى عليه وزير الداخلية بتأدية لمستأنف عليه المدعى مبلغا قدره (٢٣٠ ٣٠٢٣) دينارا وفسخ الفقرة الحكمية المتعلقة بالزيادة • اذا كانت محكمة البداءة قد قضت بالزام المدعى عليه بمبلغ (٤٦٥ ٦٠٤٦) دينارا عما أصاب المتعهد المدعى من خسائر فادحة بسبب غرق الأراضي الزراعية المنتجة للخضراوات والفواكه الامر الذي جعل الالتزام مرهقا وسبب له خسارة قدرها المدعى بمبلغ (١٥٨٥١/٨٦٦) دينارا وبالنظر لان كارثة الفيضان تعتبر من الحوادث الاستثنائية الطارئة والتي لم يكن في الوسع توقعها وان المدعى قام بتنفيذ تعهده بتجهيز المواد الغذائية للمساجين الموجودين في سجن بغداد رغم هذه الظروف •

١٦ ـ ٣٢٠ / حقوقية / ٥٩ بغداد

ان المميز عليه رغم الحوادث الاستثنائية قام بتنفيذ التزامهالتعاقدي

الذي كان مرهقا عليه بحيث سبب له خسارة ثابتة ، وحيث ان القـــرار الاستئنافي جاء موافقا للقانون قرر تصديقه ١/٤/١٩٥٩ •

(طالب نفس المدعي بالدعوى السابقة وزير الداخلية اضافـــــة لوظيفته بمبلغ (٤٦٦٦/٢٤٤) دينارا بسبب ما أصابه من خسارة غـــير متوقعة اثناء قيامه بتنفيذ العقد •

هذه الامثلة من القرارات التمييزية اخذت بتطبيق نظريــة الظروف الطارئة ولو ان الدعوى قيمت بعد تنفيذ العقد كما توجد بعض القرارات التمييزية تشترط تنفيذ العقد من قبل المدين المرهق لغرض الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة : ــ

أمثـــلة

رقم الاضبارة ٢٨٤٦ / ١٩٦٥

المميز ــ وزير الدفاع ــ اضافة لوظيفته

المميز عليهم ــ مناف محمد الامين ومحمد ملا قادر وعبد الله

فقد جاء بالقرار التمييزي : ــ

•••••• ولما كانت المادة ٢/١٤٦ مدني تجيز للقضاء اذا طـــرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها يترتب على حدوثهـــا ان تنفيذ العقد صار مرهقا للمدين ويهدده بخسارة فادحة ان ينقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول • ومفهوم هذا ، ان يستمر المتعاقد الذي يشكو الارهاق في تنفيذ التزاماته حتى يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الارهاق فأذا لجأ الى فسخ التعاقد من جانبه بتوقعه عن تنفيذ الالتـــزام كله او بعضه فأن حقه في التمسك لاعمال نظرية الظروف الطارئة والتماس تدخل القضاء لانقاص التزاماته الى الحد المعقول يكون ممتنعا وهـــذا ما جرى عليه الفقه والقضاء في تطبيقاته بنظرية الظروف الطارئة ويوجـــد بعض القرارات التمييزية تعتبر المطالبة بانزال مبلغ الالتزام للظـــروف

الطارىء بعد تنفيذ العقد رضا بالحسران مما يمتنع معه اقامة الدعوى •

ومن الامثلة على ذلك :ــ

رقم القرار ٥٩٧ ب ــ ١٩٥١ تاريخه ١/١٢/١٩٥١ •

ان زيادة الرسم القانوني الجديد على المواد التي تعهد يصنعها الملتزم لا يبرر له المطالبة بفرق المبالغ عن هذا الرسم مادام قد اسقط حقه في رفع الدعوى بعد ان نفذ العقد (نشر القرار في مجلة القضاء سنة ١٩٥٢ العدد الثالث ص ٨٢) •

رقم القرار ــ ١٩٧ /حقوقية /٩٦٥

تاريخ القرار ــ ٢١/٦/١٩٦٥

ان محكمة التمييز في هذه القضية طبقت المادة (٨٠) من قانون التدارك ولم تطبق نظرية الظروف الطارئة حيث جاء في القرار التمييزي:

انما تأخذه وزارة الدفاع على الحكم المميز من ناحية خاطئة في تطبيق المادة (١٤٦) الخاصة في الظروف الطارئة هو مآخذ صحيح في نتيجته لان هذا النص لا ينطبق الا حيث يكون الحادث الاستثنائي الذي يسبب عنه الارهاق الطارىء في فترة من الزمن تفصل بين ابرام العقد وبين تنفيذ الالتزام الذي رتبه • فأذا كان الالتزام قد نفذ فأنه ينقضي وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في القانون لانها انما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد فضلا عن ان تنفيذ الالتزام في الدلالة الكافية على انتفاء شرط الارهاق ، ولما كانت الشركة المميزة قد نفذت الالتزام وسلمت المبيع كاملا الى وزارة الدفاع من قبل رفع الدعوى لانه لا محل التحدي بنظرية الظروف الطارئة ولا جدوى لتدخل القضاء ليرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول •

وقد علق على ذلك الاستاذ الكبير (عبد الرزاق السنهوري) :ــ

ان محكمة التمييز العراقية تساير في هذا محكمة النقض المصرية ، فكثيرا ما رددت هذه المحكمة الاخيرة في احكامها ان نظرية الظروف

الطارئة تفترض ان وقت تنفيذ العَقد تفصله فترة من الزمن عن وقت ابرامه ، حتى يصح ان يقال ان هناك ظرفا غير متوقع قد طرأ ما بين ابرام العقد وتنفيذه ولي على هذا القول ملاحظتان : —

١ — قد سبق ان اوردتها في الجزء الاول من الوسيط (فقرة ٤٢٠) وهذا ما جاء فيه (لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة ولم يأخذ القانون المدني الجديد بالشرط الاول منها : —

أولا — ان يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه متراخيا • وذلك ان طروءه بين صدور العقد وتنفيذه ولم يكن في الوسع توقع الظرف الطارىء وقت التعاقد ، وهذا هو الاساس الذي تقوم عليه النظرية يقتضي ان يكون هناك فترة من الزمن بين صدور العقد وتنفيذه ومع ذلك قد تقع حوادث استثنائية عامة عقب صدور العقد مباشرة وان كان ذلك لا يقع الا نادرا فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية في هذه الحالة ، ولهذا آثر القانون المصري مقتديا في ذلك بالقانون البولوني ان يسكت عن شرط التراخي ، فهو شرط غالب لا شرط ضروري • أما القانون الايطالي فقد نص على الشرط ، بل عدد انواع العقود التي تطبق فيها النظرية ، فهي العقود ذات التنفيذ المستمر او ذات التنفيذ المؤجل • وتجتمع هذه العقود بأن هنالك فاصلا زمنيا ما بين صدور العقد وتنفيذه فهي عقود متراخية •

٢ — وفي قضيتنا هذه بالذات ظاهر ان الشركة البائعة لم تطالب بانقاص التزامها الذي تم تنفيذه (وهو تسليم الغسالات الثلاث عشر) بل طالبت بزيادة الالتزام المقابل ، أي بزيادة الثمن الذي تعهدت وزارة الدفاع بدفعه بما يعادل نصف الزيادة في الرسوم الكمركية وهذا من حقها دون شك (فللقاضي مطلق اليد فى معالجة الموقف الذي يواجهه فقد يرى ان الظروف تقتضي انقاص الالتزام المرهق او زيادة الالتزام المقابل او وقف تنفيذ العقد) •

فهل يمكن دفع مطالبة الشركة في زيادة الثمن بأن يقـــال لهـا ان الالتزام بدفع الثمن قد تم تنفيذه وحتى لو تم تنفيذه ، فهل يأخذ ذلــك دليلا على رضا الشركة بالارهاق الذي اصابها في هذه الصفقة ؟ وهي لم ترضى بذلك لا صراحة ولا ضمنا (واقصد هنا الرضا بالارهاق بعــــد وقوعه ، لا الرضا السابق على وقوعه فهذا باطل لا يعتد به كما هــــو صريح النص) •

بل العكس من ذلك قد ثبت من وقائع الدعوى ، كما هي واردة في الحكم ، ان الشركة البائعة لم ترض أصلا بالارهاق الذي أصابها ، فهى قد راجعت وزارة الدفاع وعند المراجعة لمديرية العقود والمبايعات اعلمتها بكتابها المرقـــم ع/٥/ ١١ متفرقــة طبابــة ٦٣ والمـؤرخ في ٣/٩/٩٦٣ بأن انقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول منوط بالمحكمة، ولذلك بادرت الشركة البائعة الى رفع الدعوى ومن اجل ذلك ان شرط التراخي أقل ما يقال فيه انه مشكوك في وجوب توافره في القانون المصري وفي القانون المدني العراقي •

نرى من ذلك ان المسائل الاجتهادية قد تختلف باختلاف القرارات التمييزية في القضايا التي لم تبحثها النصوص القانونية صراحة مثــلا ان نص المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي لم تحدد وقتا معينا لاقامة الدعوى من قبل المدين بالمطالبة بانقاص الالتزام الى الحد الذي يرتفــع معه الارهاق الذي أصابه بسبب الظرف الطارىء •

هذه المسائل الاجتهادية تختلف باختلاف الهيئات التي تنظـــر في الاعتراضات التمييزية في أزمنة مختلفة وذلك (لان الاجتهــاد لا ينقض باجتهاد آخر) •

في الفقه الاسلامي :

١ ــ الفقه الحنفي :

أمثـــلة

عن تنفيذ المدين لالتزامه بالرغم من حدوث الظرف الطارىء (اذا استأجر الرجل عبدا فابق فأراد المستأجر ان يفسخ الاجارة فـله ذلك ، وان لم يفسخها حتى ظفر بالعبد فانه يلزم المستأجر فيما بقى من الاجارة بحساب ذلك .)

وهنا نتساءل هل العذر يحتاج الى الفسخ بواســطة القضــاء ام ينفسخ من تلقاء نفسه ؟

وهل ان الفسخ رخصه للمدين ان شاء فسخ وان شاء أمضى العقد؟
يختلف الجواب باختلاف العذر : ــ

فان كان العذر يوجب العجز عن المضي في موجب العقد (شــرعا) بأن كان المضي فيه (حراما) كالاجارة على قلع الضرس الوجعة ثم سكن الالم او على قطع اليد المتآكلة ثم برأت ــ فالاجارة تنفسخ من تلقاء نفسها وان كان العذر لا يوجب العجزعن تنفيذ الالتزام بل يتضمن ضررا لـم يوجبه العقد ففي هذه الحالة قولان : ــ

أ ــ يستقل العاقد بالفسخ .

ب ــ لا تفسخ الاجارة الا بالتراضي او بالتقاضي .

وقيل ــ ان كان العذر ظاهرا فلا حاجة للقضاء وان كان خفيــــا كالدين يشترط الفسخ بواسطة القضاء .

وحدوث العذر اثناء تنفيذ عقد الايجار يجيز للعاقد ان يفســـخ الايجار فهو رخصة له ان شاء فسخ وان شاء أمضى العقد .

٢ ـ الفقه الشافعي :

في حالة الفسخ بالعيب ـ فالفسخ رخصه للمستأجر ان شاء طلب الفسخ وان شاء امضى العقد •

مثال (اذا استأجر عينا وظهر ان بها عيبا يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر فيه تفاوت الاجرة كانقطاع ماء ارض اكتريت للزراعة وعيب دابة يؤثر في الامتناع بها وغصب الدار المستآجرة واباق العبد المستاجر فان بادر المكتري الى ازالة ذلك كسوق ماء الى الارض وانتزاع الدار المغصوبة ورد العبد الآبق قبل مضي مدة لمثلها أجره سقط خيار المكتري وان زال الغصب وبقي من المدة شيء ثبت الخيار للمستأجر (لتفرق الصفقة) وعليه من الاجرة بقدر ما انتفع به •

مثال آخر : (اذا استأجر دارا لمدة سنة ثم انهدمت في أول السنة أو في آخرها أو العبد يستأجر السنة فيموت في أول السنة أو في آخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقي •) (وان انهدم نصف الدار واراد ان يقيم في نصفها الباقي بنصف الكراء فله ذلك) فتكون الاجرة على قدر المنفعة •

في الفقه الحنبلي :

أمثلة ــ (ان كان الاستئجار على عمل : ــ خير المستأجر بين الفسخ والصبر اي امضاء العقد ، فاذا هرب الاجير او شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها او منعه استيفاء المنفعة من غير هرب لم تفسخ الاجارة ويثبت له خيار الفسخ فان فسخ فلا كلام وان لم يفسخ وكانت الاجارة على مدة انفسخت بمضيها يوما فيوما فان عادت العين في أثنائها استوفى ما بقي •

(وان غصبت العين المستأجره خير المستاجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب باجرة المثل فان فسخ فعليه اجرة ما مضى •

واذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة كان له الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب باجرة المثل •

وان ردت العين في أثناء المدة ولم يكن فسخ ، استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى من المدة مخيرا •

قال أحمد ابن القاسم : سألت أبا عبد الله عن رجل اكترى أرضا يزرعها وانقطع الماء عنها قبل تمام الوقت ؟ قال : يحط عنه من الاجرة بقدر ما لم ينتفع بها ، وبقدر انقطاع الماء عنها •

وكل ما أدى الى نقص المنفعة — كانقطاع الماء او زيادته وتغريق الارض المستأجرة أو حدوث جراد أو ثلج او برد او حر فان ذلك يمنع المنفعة المستحقة المعقود عليها فيجب ان يملك الفسخ او يسقط الاجرة بقدر ما فات من المنفعة وعلى هذا فاذا حصل من الضرر ما نقص من المنفعة ، نظر قيمة الارض بدون تلك الآفة وينسب النقص الى القيمة الكاملة ويحط من الاجرة المسماة بقدر النقص كأن تكون اجرتها مع السلامة تساوي الف ، ومع الآفة تساوي ثمانمائة ، فالآفة قد أنقصت خمس القيمة فيحط خمس الاجرة المسماة •

وسئل ابن تيمية عن رجل استأجر قرية ، وغلب ارضها الماء بسبب انه انكسر فيها نهر ، وعجزوا عن رده فهل يسقط عنهم من الاجرة بقدر ما غرق ؟ أم لا ؟ واذا حكم عليه حاكم بلزوم جميع الاجرة فهل ينفذ الحكم أم لا ؟

فأجاب — الحمد لله — له ان يفسخ الاجارة ، وله ان يحط من الاجرة بقدر ما نقص من المنفعة •

الفقه الجعفري :

أمثلة ـ (لو منع ظالم المستأجر من الانتفاع بالعين بأن غصبها منه قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ والمطالبة بالمسمى ان كان قد دفعه وبين الالتزام (أي أمضاء العقد) والرجوع على الظالم بأجرة المثل عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من امواله •

مثال آخر (اذا انهدم المستأجر وفسخ المستأجر يرجع على المستأجر بنسبة ما تخلف من الاجرة ان كان سلم اليه الاجرة والا دفع اليه ما قابل ما استوفاه منها بلا خلاف أو اشكال •

الفقه الزيدي :

أما في الفقه الزيدي ـ فان امضاء العقد بالرغم من حدوث الظرف الطارىء فلا ينقص شيء من الاجرة لانه امضى العقد برضائه •

مثال ـ (اذا استأجر دارا وانهدم بعضها) فتهدم بعض الدار عيب فإن كان ينصلح في الحال او اصلحه المالك فلا فسخ ، وان رضى بسكناها كذلك فلا نقص من الاجرة اذ سكوته رضا •

الفقه الاباضي :

مثال (وإن هلك محل العمل المستأجر او تعذر عمله رد عليه رب العمل قيمة مقابل مالم يعمل وحط عن الاجير قدر ما عمل •

مثال آخر (ومن استؤجر الى موضع فمات أو رجع لمانع بعذر فيه فله اجر ما مشى يحسب الكراء الاول ويحسب على الذهاب والرجوع ان كان عليهما معا •

مثال آخر (ومن أجر حماما ولم ينتفع به للهدم او لتلف الادارة ونحو ذلك فلا كراء عليه وإن انتفع به بعض المدة فعليه الكراء بقدر ما

انتفع به •)

يظهر انه في الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه انه في حالة حدوث عذر المستأجر أثناء تنفيذ الاجارة يخير المستأجر بين الفسخ وامضاء العقد فان نفذ المستأجر العقد بالرغم من حدوث العذر (الظرف الطارىء) فعليه من الاجرة بقدر ما انتفع به ويحط عنه من الاجرة بقدر نقص المنفعة التي سببها العذر ما عدا الفقه الزيدي فانه في حالة رضا المدين بامضاء العقد مع وجود العذر لا يحط عنه من الاجرة شيء ، اذا اعتبر سكوته رضاء •

الخاتمــة

يتبين لنا في نهاية المطاف من دراسة الرسالة مايلي : ــ

١ ــ ان نظرية الظروف الطارئة لم تكن وليدة القضاء من مجلس الدولة الفرنسي عندما عرضت عليه الدعوى المقامة من قبل شركة الاضاءة لمدينة بوردو في فرنسا انما ظهرت تطبيقاتها في الفقه الاسلامي قبل ذلك بقرون .

٢ ــ ان الفقه الاسلامي لم يبحثها بشكل نظرية ولم يفرد لها بحثا مستقلا انما طبقها في الحلول العملية للمسائل والجزيئات التي عرضت على الفقهاء وان طابع الفقه طابع موضوعي فهو يعالج المسائل مسألة مسألة وضع لها حلولا عملية عادلة .

وقد استند الفقهاء المسلمون في ايجاد الحلول المختصة بتطبيقات النظرية الى تطبيق مبادىء العدالة باسمى معانيها مسترشدين بما أقره الشرع الاسلامي في الكتاب والسنة النبوية من المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات ، وما أمر به الشرع من ازالة الضرر عن المدين اذا ما عجز عن المضي في موجب لعقد بسبب الحادث الطارىء الذي لم يتوقعه عند ابرام العقد ، وما دعت اليه الشريعة الاسلامية السمحاء من رفع الضيق والحرج ومن عدم تكليف النفس خارج الوسع والطاقة .

٣ ــ ان الابحاث الفقهية التي ظهرت فيها تطبيقات النظرية تختلف في التسمية عن نظرية الظروف الطارئة فقد طبقت في الفقه باسم (الفسخ للاعذار) تارة ، وباسم وضع الجوائح طورا كما بحثت

تحت اسم الصلح على السعر الاوسط اذا حدث تقلب في قيمة النقود او صدر امر سلطاني بتغير سعر بعضها •

كما وان بعض كتب الفقه بحثت تطبيقاتها تحت عنوان يقرب اسمه من الاصطلاح القانوني لها • وهذا العنوان هو (باب احكام الطوارىء) •

٤ ـ ان الفقه الحنفي اوسع المذاهب الفقهية في الاعذار التي يفسخ فيها عقد الايجار والعذر الذي يجيز فسخ عقد لايجار عند الفقهاء الاحناف هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد الا بضرر رائد لم يستحقه بالعقد كما وان الفقيه ابن عابدين وضع رسالة خاصة باسم (تنبيه الرفود على مسائل النقود) بحث فيها تعديل العقد بسبب تقلب قيمة النقود •

٥ ـ ان الفقهاء في الشريعة الاسلامية اختلفوا في تطبيقات نظرية الظروف الطارئة سعة وضيقا وان فقهاء المذهب الجعفري والحنبلي سلكوا طريقا وسطا فلم يتوسعوا في الفسخ للاعذار الى اجازة الفسخ للمتعاقد خاصة اذا بدا له ذلك كما في الفقه الحنفي ولم يضيقوا الحالات التي تجيز الفسخ للاعذار كما هو الحال في الفقه الشافعي هذا في حقل الفقه الاسلامي اما في حقل القانون : ـ

ان نظرية الظروف الطارئة ظهرت في القانون العام وفي القضاء الاداري قبل ظهورها في القانون الخاص لعاملين : ـ

١ ـ ان القضاء المدني مقيد بنصوص تشريعية من القانون الخاص لا يستطيع ان يحيد عنها الا بكثير من الجهد حين يدخل شيئا من المرونة على فكرة القوة القاهرة ويتدرج بها من المستحيل الى التنفيذ المرهق ويجعل لكل منزلة حكمها •

اما في القضاء الاداري فغير مقيد بنصوص تشريعية كما هي الحال في القانون المدني فهو يتمتع بحرية أكثر تجعل بعض احكامه أقرب الى التشريع وتساير تطور الظروف ٠

٢ ـ ان القضايا التي تعرض على القضاء الاداري لها مساس بالمصلحة العامة ويسير المرافق العامة التي تخص جمهور المنتفعين لذلك نرى القضاء الاداري يحرص على التوفيق بين تطبيق القواعد القانونية وتحقيق المصالح العامة فاذا نظرت الى قضية (غاز بوردو) نجد على القضاء ان يحسب حسابا للخدمات العامة التي تؤديها الشركة للجمهور وما يقاسيه الجمهور من توقف الشركة عن تنفيذ التزامها فلا يجوز اخذها بالعنت لئلا تفلس فيتوقف سير المرفق العام وان الضرر الذي يصيب جمهور المنتفعين من جراء توقفه أكبر من الضرر الذي يصيب الادارة اذا ما ساهمت بتحمل جزء من اعباء الشركة بصورة وقتية لحين زوال أثر الظرف الطارىء ٠

ومن الجدير بالذكر ان الرخص في العبادات مثل اباحة الافطار في رمضان للمسافر والمريض بدليل قوله تعالى (وان كنتم مرضى او على سفر فعدة من أيام أخر) كذلك فيما يتعلق باباحة المحرم دفعا للضرورة كاباحة أكل الميته للمضطر لدفع الهلاك من الجوع عن النفس ومن القواعد الفقهية بهذا الخصوص (الضرورات تبيح المحظورات) استنادا الى قوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) هذه الرخص في العبادات هي تيسير من المشرع على المكلفين وهي تختلف عن الظروف الطارئة في نظرية الحوادث الطارئة من حيث الاثر لانه في تطبيق النظرية يعدل الالتزام الذي ترتب عن ابرام العقد بينما في الرخص في العبادات يتطلب من المكلف الامتثال لهذه الرخص حيث جاء في الحديث الشريف عن الرسول محمد عليه الصلاة والسلام (ان الله يحب ان تؤتى رخصه

مثلما يحب ان تؤتى عزائمه) لذلك لم أبحث في رسالتي الرخص في العبادات الا في مقارنة نظرية الضرورة مع نظرية الظروف الطارئة لان قياس الرخص على الظروف الطارئة هو قياس مع الفارق •

كما ان الاعذار القضائية الي تكون سببا في تخفيف العقوبة او الاعذار القضائية التي تؤدي الى تشديد العقوبة في التشريع الجنائي لا يمكن قياسها على الظروف الطارئة في النظرية موضوع الرسالة لانها لا تتعلق بتعديل الالتزام انما القضاء يستند فيها الى تطبيق نصوص تشريعية تخص دراسة الجريمة وظروفها •

المصــادر

١ ـ تفاسير القرآن الكريم

المصدر	المؤلف والطبعة
الجامع لاحكام القرآن	لابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي المتوفي سنة ٧٦١ هـ مطبعة دار الكتب المصرية
أحكام القرآن	لابي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن عربي
كتاب الاحكام	احمد بن على الرازي المشهور بالجصاص
جامع البيان في تفسير القرآن	للطبري
تفسير الجلالين	جلال الدين محمد بن احمد المحلى المتوفى سنة ٨٦٤ هـ
تفسير البيضاوي	جلال الدين عبد الرحمن ابن ابى بكر السيوطي ٩١١ هـ
في ظلال القرآن	السيد قطب المتوفي سنة ١٣٨٦ هـ

٢ ـ كتب الحديث

ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري	للقسطلاني
شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك	الزرقاني
شرح النووي على متن صحيح	النووي

المؤلف والطبعة	المصدر
مسلم	

٣ ــ المعاجم اللغوية

معجم لسان العرب	
معجم تاج العروس	
قاموس المحيط	
المعجم الوسيط	

٤ ــ كتب الفقه الاسلامي

الفقه الحنفي

المبسوط أو الاصل	محمد بن الحسن الشيباني المتوفي سنة ١٨٩ هـ (القرن الثاني الهجري) المخطوط رقم٣٤ بدار الكتب المصرية
السير الكبير	محمد بن الحسن الشيباني
التحفه	للسمرقندي (علاء الدين) المتوفى سنة ٥٤٠ هـ (القرن السادس الهجري)
القدوری	
اللباب فى شرح القدوري	الطبعة الرابعة ــ مطبعة محمد على صبح القاهرة سنة ١٩٣٦ م
المبسوط ــ السرخسي	أبو بكر ــ الطبعة الاولى ١٣٢٤ هـ
التجريد	(ابو الفضل) الكرماني المتوفي ٥٤٣ هـ المخطوط رقم ٣٧ بدار الكتب في القاهرة

المصدر	المؤلف والطبعه
بدائع الصنائع	للكاساني المتوفي ٥٨٧ هـ الطبعة الاولى ـ مصر
البداية وشرحها الهداية	المرغيناني المتوفي ٥٩٣ هـ المطبعة الاميرية (الطبعة الاولى) سنة ١٣١٦ هـ
تبين الحقائق شرح كنز الدقائق	الزيلعي الطبعة الاولى ١٣١٣ هـ المتوفى ٧٤٣ هـ
كنز البيان	للنسفي
مجمع الانهر على شرح ملتقى الابحر	نور الدين علي الباقاني مكتبة الازهر المخطوط ٣٣٦
الفتاوى الهندية	جمعت بأمر السلطان ابي المظفر محى الدين طبعة الثانية ١٣١٠ هـ
غمز عيون البصائر على محاسن الاشباه والنظائر	الحموي ١٠٩٨ هـ مكتبة الازهر رقم ٣٤٩
مجمع الضمانات	البغدادي ـ الطبعة الاولى مصر ١٣٠٨ هـ
رد المحتار لشرح الدر المختار	لابن عابدين المتوفي ١٢٥٢ هـ المطبعة الاميرية ١٢٧١ هـ
المحيط	لبرهان الدين محمود بن احمد عبد العزيز ٥٤٠ هـ المخطوط رقم ٤٨١ بداد الكتب في القاهرة
العناية في شرح الهداية	البابرتي ٧٨٦ هـ
الاشباه والنظائر	لابن نجيم المصري ـ طبع مصر ١٢٩٠ هـ

المصدر	المؤلف والطبعة
فتح القدير	ابن الهمام ٨٦١ هـ وهو شرح على الهداية
الاختيار في شرح المختار	
رسالة بن عابدين (تنبيه الرقود على مسائل النقود)	مجموعة رسائل بن عابدين

الفقه المالكي

المصدر	المؤلف والطبعة
المدونة الكبرى	مالك بن انس ١٧٩ هـ رواية سحنون الطبعة الاولى ١٣٢٣ هـ
بداية المجتهد ونهاية المقتصد	لابن رشد ٥٩٥ هـ الطبعة الاولى
الحطاب	
الفروق	للقرافي ٦٨٤ هـ طبعة مصر ١٣٤ هـ
الخرشي	شرح على مختصر خليل طبعة مصر ١٣١٧ هـ
شرح الدسوقي على الدردير	الشرح الكبير الطبعةالاولى ١٣٢٩هـ
	المتوفي ٧٤١ هـ
القوانين الفقهيه	لابن جزى طبعة قاس ١٩٣٥ م
المنتقى في شرح موطأ الامام مالك	
تحفة ابن عاصم	طبع الجزائر

الفقه الشافعي

المصدر	المؤلف والطبعة
الأم	الشافعي ٢٠٤ هـ طبعة مصر ١٣٢١هـ
المهذب	الشيرازي ٤٧٦هـ طبعةمصر ١٣٤٣هـ

المصدر	المؤلف والطبعة
المجموع (شرح مهذب الشيرازي)	النووى ٦٧٧ هـ وأكمله علي بن عبد الكافي المشهور بالسبكي
نهاية المحتاج الى شرح المنهاج	للرملي طبعة مصر ١٣٠٤ هـ
قواعد الاحكام في مصالح الانام	عز الدين عبد السلام ٦٦٠ هـ مطبعة الاستقامة في مصر
الغرر البهيه في شرح البهجة الوردية	للانصاري
اسنى المطالب شرح روض الطالب	
مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج	للشيخ محمد الخطيب
فتاوى بن حجر المكي البهيتي	
كتاب حاشية الجمل على شرح المنهج	لزكريا الانصاري
الانوار لاعمال الابرار	
الاشباه والنظائر	السيوطي مطبعة مصطفى محمد بمصر ١٣١٥ هـ

الفقه الحنبلي

الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف	المرداوى
الروض المربع شرح زاد المستقنع	طبعة سنة ١٥٢٣ هـ
المغني لابن قدامه	

المصدر	المؤلف والطبعة
كشاف القناع على متن الاقناع	منصور بن ادريس ١٠٥١ هـ المطبعة الشرقية بمصر ١٣١٩ هـ
فتاوى ابن تيميه	
قواعد بن رجب	

الفقه الجعفري

جواهر الكلام	
مفتاح الكرامه	
كتاب الاجارة	للشيخ محمد حسين الاصفهانى ١٣٣٥ هـ دار الكتب الاسلامية فى النجف
مستمسك العروة الوثقى	السيد محسن الطباطبائي الحكيم مطبعة النجف ١٣٨٢ هـ
تبصره المعلمين فى احكام الدين	العلامة الحلي

الفقه الزيدي

البحر الزخار	احمد بن يحى المتوفي ٨٤٠ هـ
الروض النظير شرح مجموع الفقه الكبير	
مجموع الفقه	طبع في ميلانو ١٩١٩ م
المنتزع المختار	مصر ١٣٣٢ هـ

المصدر	المؤلف والطبعة
الفقه الظاهري	
المحلى لابن حزم	الطباعة الخيرية بمصر ١٣٥٠ هـ
الفقه الاباضى	
كتاب شرح النيل وشفاء العليل	دار الكتب في القاهرة ـ مصر ١٢٤٣ هـ
دراسات خاصة	
المعاملات	الاستاذ علي الخفيف
اصول الفقه	الاستاذ محمد ابو زهرة
اصول الفقه	الدكتور عبد الكريم زيدان
مرشد الحيوان	قدري باشا
تحرير المجلة	لكاشف الغطاء
مصادر القانون	
المجلة ـ الفقه الحنفي	
النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية	شفيق شحاته
النظرية العامة للفسخ في الفقه الاسلامي والقانون المدني	حسن علي الذنون (رسالة دكتوراه)
النظرية العامة للموجبات والعقود	صبحي المحمصاني طبعة الاولى. بيروت

كتب القانون

الوسيط في شرح القانون المدني	الاستاذ عبد الرزاق السنهوري
نظرية العقد	الدكتور سليمان مرقس
دراسة مقارنة لنظم الحكم والادارة	القسم الثاني طبعة ١٩٦٢ م
الغبن اللاحق ونظرية الظروف الطارئة	للدكتور محمد عبد الجواد محمد
	جامعة القاهرة فرع الخرطوم
شرط الارهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة	نفس المؤلف مطبعة القاهرة ١٩٦٢ م
كتاب عقد المدة	عبد الحي حجازي (رسالة دكتوراه)
مجموعة احكام النقض	محكمة النقض المصرية
القانون المدني العراقي	
القانون المدني المصري	
القانون المدني السوري	
القانون المدني الليبي	
القانون المدني اللبناني	
القانون المدني الفرنسي	
القانون المدني الالماني	
القانون المدني الايطالي	

تقرير الاستاذ أسعد الكوراني في المؤتمر الخامس لاتحاد المحامين العرب في بيروت في أيلول سنة ١٩٥١

محاضرات الاستاذ حسن الذنون القيت على قسم الماجستير فى القانون الخاص سنة ١٩٦٨ ـ ١٩٦٩

العقود الادارية ـ الدكتور سليمان الطماوي

مجلة المحاماة ـ السنة الثانية عشرة لسنة ١٩٣٢

مجموعة احكام محكمة النقض المصرية

مجموعة المبادىء القانونية

شرح قانون الاصلاح الزراعي المصري للدكتور محمد علي عرفه

نظرية تحمل التبعة في الفقه الاسلامي ـ الدكتور زكي عبد البر

الفهرس

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة

الموضـــــوع	الصفحة
الفصل الثامن :	
تطبيقات النظرية في الفقه الاباضي	٢٦٩ — ٢٧٢
موقف الفقه الاباضي من الفسخ بالاعذار	٢٦٩
الفصل التاسع :	
تجميع الاراء الفقهية وصياغة قاعدة احـــكام الطوارىء	٧٣٢ — ٢٧٨
البحث الاول : تجميع الاراء	٢٧٣
البحث الثاني : صياغة قاعدة احـــكام الطوارىء في الفقه الاسلامي	٢٧٦
البحث الثالث : تقييم الاراء	٢٧٩ — ٢٨٨
البحث الرابع : مقارنة الرأي الراجح في الفقه الاسلامي مع أحكام النظرية في القانون من حيث السبب ، الاثار ، الجزاء	٢٨٤
الفصل العاشر :	
موعد اقامة الدعوى في القضـــاء الاداري ، في القضاء المدني العراقي ، في القضـــاء المدنـــي المصري ، في المذاهب الفقهية الاسلامية	٢٨٩ — ٣٠٢
الخاتمة	٣٠٣ — ٣٠٦
المصادر	٣٠٧ — ٣١٤
الفهرس	٣١٥

استدراك

سقطت سهوا بعض العناوين وهي :

١ ـ تقرير جامعة القاهرة في تقييم الرسالة ، يقع في بداية صفحة ٣

٢ ـ تميزها عن نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويقع بعد السطر الثاني من صفحة ٩٦

٣ ـ تطبيقات تشريعية اخرى للنظرية ، ويقع بعد السطر الخامس من صفحة ١٤٢

الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٣٤	٣	باتفاقها	باتفاقهما
٣٦	٣	الصدمة	الصدفه
٤٨	١٧	الغيارات	الخيارات
٦٠	٢	الاشارة	الاعارة

ثمن النسخة دينار واحد